

# Zivile Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung Urteilshinweise und dogmatische Überlegungen

Corinne Zellweger-Gutknecht, Zürich\*

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	2
1.	Vordergründiges... ..	2
2.	... und Hintergründiges.....	6
II.	Innenverhältnis: wirtschaftliche Kontrolle .....	8
III.	Aussenverhältnis: rechtliche Dualität oder Einheit?.....	9
1.	Ordentliche Situation .....	10
2.	Ausserordentliche Situationen .....	12
IV.	Qualifizierte Interessenkollision.....	13
1.	Insichgeschäfte.....	13
2.	Eigengeschäfte .....	14
a)	Eigeninteresse des Vertreters.....	14
b)	Fehlende Gutgläubigkeit der Gegenpartei.....	15
c)	Rechtsfolgen.....	19
3.	Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks .....	20
a)	Grundsätze.....	20
b)	Praxisfälle .....	21
V.	Schutznorm.....	23
1.	Erbrecht.....	23
a)	Grundsatz.....	23
b)	Ratio .....	25
c)	Jüngste Präzisierungen .....	26
d)	Revisionsprojekt .....	28

---

\* PD Dr. iur. Corinne Zellweger-Gutknecht, Rechtsanwältin, Universität Zürich.

5.2 Eheschutz .....	29
5.3 Haftpflichtrecht.....	30
a) Erfolgsunrecht.....	30
b) Verhaltensunrecht.....	31
VI. Rechtsmissbrauch.....	32
1. Grundsatz.....	33
2. Ausnahme .....	33
a) Strohmannssituation .....	34
b) Missbrauch.....	34
3. Verfahrensaspekte.....	35
a) Arrestgegenstand und Sucharrest.....	35
b) Arrest und Einspracheverfahren.....	38
c) Widerspruchsverfahren .....	38
d) Mitwirkungspflicht Dritter .....	39
VII. Fazit.....	41
Literatur.....	43
Materialien.....	44

## I. Einleitung

Der zivilrechtliche Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung trägt bis heute oft kasuistische Züge. Zwar gibt es Ausnahmen, so namentlich im Hinblick auf die Rechtsstellung der Erben von wirtschaftlich Berechtigten: Für sie hat das Bundesgericht in den vergangenen zwei Dekaden ein relativ konsistentes rechtssystematisches Konzept entwickelt und mit immer schärferen Konturen versehen. Ähnliches gilt inzwischen für Ehegatten sowie für Zwangsvollstreckungsgläubiger von wirtschaftlich Berechtigten. In anderen Bereichen hingegen fehlt es nach wie vor an einem dogmatisch konsistenten Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung. Das hat mutmasslich mehrere Gründe.

### 1. Vordergründiges...

So wird die wirtschaftliche Berechtigung bis heute *primär als Figur des öffentlichen Rechts* wahrgenommen: Sie fungiert als kardinaler Anknüpfungs-

tatbestand im Kampf der Behörden gegen Fiskaldelikte, Geldwäsche und weitere Übel unserer Zeit. Vor rund 15 Jahren brachte das Bundesgericht diese Haltung wie folgt auf den Punkt: «Die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten dient dem Kampf gegen die Geldwäscherei; ihr dürften daher keine privatrechtlichen Wirkungen zukommen. Der wirtschaftlich Berechtigte ist nicht Vertragspartei, so dass die Beziehungen zwischen Kontoinhaber und wirtschaftlich Berechtigtem *res inter alios acta* sind.»<sup>1</sup> Der Konditionalis deutete freilich schon damals an, dass es bei dieser strikten Grenzziehung nicht bleiben würde.

Der zweite Grund fusst im Umstand, dass die wirtschaftliche Berechtigung jedenfalls in ihrer Aussenwirkung, *erga omnes*, gerade *kein* rechtliches Phänomen ist, sondern ein blosses wirtschaftliches Faktum. (Darauf weist zwar nur das Adjektiv «wirtschaftlich» hin, während als Hauptwort etwa «Befugnis» weit treffender gewesen wäre – aber das nur am Rande.) Ob diese Aussenbefugnis im Innenverhältnis, *inter partes*, auf einer Berechtigung i.e.S. beruht, mithin doch rechtlich begründet ist, bleibt für Dritte irrelevant. Denn noch immer ist in unserer Rechtsordnung eine *wirtschaftliche Einheitsbetrachtung im Privatrecht unüblich*. Vielmehr gilt nach wie vor der Grundsatz, dass eine wirtschaftliche Bewertung nur zulässig ist, wo auch das Gesetz eine solche vorsieht.<sup>2</sup> Gründe für eine Einheitsbetrachtung ergeben sich primär aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften, etwa im Steuerrecht und im Bereich der Geldwäschereibekämpfung: Wenn es die Durchsetzung des Normzwecks erfordert, kommt dort eine ganzheitliche Betrachtung zum Zuge. Das gilt namentlich auch für den finanzmarktrechtlichen Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutz (Art. 5 FINMAG): Eine Umgehung mithilfe von formaljuristischen Organisationsformen wird sanktioniert.<sup>3</sup> Indessen sind solche *leges speciales* bzw. öffentlich-rechtlich motivierten Auslegungen nicht analogiefähig und noch weniger lassen sie sich auf privatrechtliche

---

<sup>1</sup> Zit. Pra 92 (2003) Nr. 51 = BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/aa. Ähnlich auch BGE 132 III 609 E. 5.3.1 S. 618: «L'identification de l'ayant droit économique intervenant dans la lutte contre la criminalité économique, elle ne déploie aucun effet de droit privé [...]. C'est d'ailleurs uniquement dans le cadre de cette mission d'intérêt public que la banque doit se préoccuper de l'existence d'un éventuel ayant droit économique distinct du client».

<sup>2</sup> Vgl. BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 775 (Retro III).

<sup>3</sup> Vgl. etwa BGer Urteil 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 1.3.2.4 und 1.3.2.5 m.w.H. sowie E. 2.2 zu den Umgehungsindizien.

Verhältnisse übertragen.<sup>4</sup> Daran ändert auch nichts, dass mit Art. 697j OR die wirtschaftlich berechtigte Person erstmals Eingang ins Obligationenrecht gefunden hat:<sup>5</sup> Selbst diese Bestimmung hat ihrer Ratio nach öffentlich-rechtlichen Charakter und erlaubt über ihren Anwendungsbereich hinaus keine generelle wirtschaftliche Betrachtung im Privatrecht.<sup>6</sup> Erforderlich ist dafür vielmehr stets eine spezifische Rechtsgrundlage.

Der dritte Grund betrifft die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten: Sie wurde erst nach und nach ausgeweitet. Noch unter der VSB 03 galt prinzipiell die (positive) Vermutung der Bank, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch sei.<sup>7</sup> Nur in drei materiellen Ausnahmefällen musste die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigte Person festgestellt werden.<sup>8</sup> Auch die VSB 08 hielt an diesem Grundsatz fest, führte aber zusätzlich neue formelle Feststellungsgründe ein.<sup>9</sup> Doch erst die VSB 16, die seit dem 1. Januar 2016 in Kraft steht, vollzog den *Paradigmenwechsel vom Vermutungs- zum Abklärungsprinzip*. Seither hat eine Bank die Frage der wirtschaftlichen Berechtigung grundsätzlich<sup>10</sup> immer zu stellen (Art. 27 VSB 16). Selbst wenn sie ausnahmsweise keine Zweifel daran hat, dass der Vertragspartner auch der wirtschaftlich Berechtigte ist, muss sie diesen Umstand auf geeignete Weise festhalten (Art. 29 VSB 16).<sup>11</sup> Zudem dürfen nur noch natürliche wirtschaftlich Berechtigte festgestellt und müssen für ausgewählte Strukturen spezifische Formu-

---

<sup>4</sup> Ausdrücklich BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 776 f. (Retro III), im Hinblick auf Konzernstrukturen.

<sup>5</sup> Vgl. etwa VISCHER/GALLI, SJZ 2016, S. 481 ff.

<sup>6</sup> BGE 138 III 755 E. 8.3 S. 776 f. (Retro III).

<sup>7</sup> Art. 3 Rz. 25 Abs. 1 Satz 1 VSB 03; BASSE-SIMONSOHN, recht 2008, S. 87 m.w.H.

<sup>8</sup> Wenn ungewöhnliche Feststellungen gemäss Rz. 25 Abs. 2 VSB Zweifel an der Identität des Vertragspartners und des wirtschaftlich Berechtigten die positive Vermutung zerstörten.

<sup>9</sup> BASSE-SIMONSOHN, recht 2008, S. 87 Fn. 106: Kassageschäfte über CHF 25'000; nicht im Handelsregister eingetragene Personengemeinschaften mit mehr als CHF 25'000 Guthaben; Korrespondenzeröffnungen; Sammelkonti (ausser für berufsmässige Dienstleister); Investmentvehikel mit max. 20 Investoren ohne Börsenkotierung und ohne Bank oder Effekthändler als Promotor oder Sponsor; Sitzgesellschaften (Qualifikation seit VSB 08 anhand von Indizien im pflichtgemässen Ermessen der Bank).

<sup>10</sup> Gemäss Art. 70 VSB 16 bei Neuaufnahme einer Beziehung oder wenn eine Wiederholung der Feststellung nach Art. 46 VSB 16 zu wiederholen ist.

<sup>11</sup> Dies in Abstimmung mit der FATF und der revidierten Geldwäschereigesetzgebung; vgl. HEIM, VSB 2016, N 3 zu Art. 27.

lare verwendet werden.<sup>12</sup> *Konnten also Banken von Ausnahmefällen abgesehen die wirtschaftlich Berechtigten bislang noch ignorieren*, so dürften sie nun in Kürze vom Grossteil der wirtschaftlich Berechtigten Kenntnis erlangt haben – zumindest, was deren Existenz betrifft, zunehmend aber auch hinsichtlich weiterer Umstände.

Viertens schliesslich steht die wirtschaftliche Berechtigung hartnäckig im Ruch, vornehmlich im rechtlichen Graubereich und von ethisch ignoranten Konsorten genutzt zu werden. Genährt wird diese Haltung durch kleinere und grosse Skandale, die seit Jahrzehnten mit verlässlicher Kontinuität an die Öffentlichkeit dringen. Oft bilden sie erkennbar nur die Spitze eines Eisberges. Paradigmatisch dafür ist noch immer die Texon; die Vaduzer Briefkastenfirma der SKA-Direktoren aus Chiasso.<sup>13</sup> Doch was mit Hilfe der Texon geschah, war gar nicht so aussergewöhnlich, sondern entsprach vielmehr damaliger Praxis auf dem Finanzplatz Schweiz<sup>14</sup> – die erst und nur publik wurde, weil die Texon und weitere solche Vehikel massive Verluste erlitten hatten.<sup>15</sup> Jüngstes Exempel bilden wohl die 2.6 Terabyte schweren Panama Papers, die am 3. April 2016 geleakt wurden.<sup>16</sup> Dazwischen liegt eine Vielzahl von Bagatellfällen, wie sie in der Praxis regelmässig begegnen. Sie alle münden in einer diffusen «allgemeinen Lebenserfahrung» bzw. in einer Art *Alltagstheorie der wirtschaftlich berechtigten Profiteure*.

Erleiden solche Personen Schaden und suchen sie daraufhin selbst oder über die von ihnen beherrschten Gesellschaften Rechtsschutz, wird ihnen zuweilen nicht ohne erkennbare Genugtuung beschieden, sie müssten «die

---

<sup>12</sup> KILGUS/LOSINGER, TREX 2016, 282: Formular K für Kontrollinhaber; Formular R für Rechtsanwälte; Formular S für Stiftungen mit Destinatären; Formular T für Trusts inkl. Differenzierung nach deren Struktur (widerrufbar oder nicht; diskretionär oder nicht).

<sup>13</sup> Sie diente bis 1977 vor allem italienischen Bürgern als Hafen für Schwarz- und andere Fluchtgelder. Vgl. BGE 105 Ib 348 E. 10c S. 365 f.: «Die Texon nahm von Dritten Gelder entgegen, liess sie dann aus und erwarb damit Beteiligungen. Sie investierte dabei die Mittel in Unternehmungen verschiedenster Art. Ihr Gewinn bestand in der Differenz zwischen dem Ertrag ihrer Ausleihungen und den Aufwendungen, die sie ihren Kreditoren zu erbringen hatte.»

<sup>14</sup> GEIGER, wirtschaftlich Berechtigte, 4; LEUTWILER, Vorwort Finanzunterwelt, Zürich 1988, 7.

<sup>15</sup> Bei der Texon waren es CHF 1.2 Mrd., welche die SKA auf ihre Bücher nehmen musste; die Weisskredit-Bank und die Banque Leclerc gingen wegen ihrer faillierten Vehikeln gar in Nachlassstundung bzw. -liquidation. Vgl. EBK Jahresbericht 1977, 7.

<sup>16</sup> Vgl. nur The Guardian, 11. April 2017, Panama Papers investigation wins Pulitzer prize.

von ihnen geschaffenen rechtlichen Strukturen gegen sich gelten lassen»<sup>17</sup> und könnten es andern «nicht im Nachhinein zum Vorwurf machen, den Willen der wirtschaftlich Berechtigten respektiert zu haben, hinter einem Schleier verborgen zu bleiben, den diese selber um sich gelegt hatte.»<sup>18</sup>

## 2. ... und Hintergründiges

Dieser Reflex ist nicht ganz unverständlich. Doch im Sinne der Rechtsstaatlichkeit haben auch wirtschaftlich Berechtigte Anspruch auf eine nachvollziehbare und verlässliche, mithin rechtssichere Behandlung. Wie aber sollten Richterinnen und Richter urteilen, wenn sich die oben angesprochene Alltagstheorie konkretisiert?

Angenommen, ein wirtschaftlich Berechtigter versteckt sich hinter einer formalen Konstruktion (etwa einer Treuhand, einer Gesellschaft oder einer Stiftung), um seine heimatlichen Steuergesetze zu umgehen. Später, im Rahmen einer qualifizierten Interessenkollision,<sup>19</sup> wird er selbst durch den Treuhänder geschädigt oder seine formal berechtigte Gesellschaft oder Stiftung erleidet durch Handlungen eines Vertreters (etwa eines Stiftungsrates oder eines mandatierten Vermögensverwalters) Schaden. Wird hierauf unsere Justiz um Hilfe ersucht und wendet sie die nachfolgenden dargestellten Prinzipien schematisch an, erlangen der wirtschaftlich Berechtigte oder seine Konstruktion vielleicht Ausgleich – in der Gesamtschau vermag dieses Resultat aber zumindest ethisch nicht zu überzeugen.

Sollte daher das Gericht stattdessen versuchen, den unsittlichen oder widerrechtlichen Zweck des Schuldverhältnisses (Art. 20 OR)<sup>20</sup> oder der Personenverbindung oder Anstalt (Art. 52 Abs. 3 ZGB) zu erstellen?<sup>21</sup> Unter schweizerischem Recht stünde dann im Falle des *Schuldverhältnisses* (etwa der Treuhand) allenfalls Art. 66 OR einer Kondiktion entgegen – und zwar

---

<sup>17</sup> Zit. OGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 3.5.3.2 m.H.a.; BGE 97 II 289 E. 3 S. 293. Im Ergebnis ebenso schon BGE 71 II 271 S. 274 und 53 II 25 E. 2 S. 30 ff.

<sup>18</sup> Zit. BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/bb = Pra 92 (2003) Nr. 51.

<sup>19</sup> Vgl. dazu unten Kap. IV.

<sup>20</sup> Vgl. zur Problematik etwa in Bezug auf Bankverträge über un versteuerte Vermögenswerte EMMENEGGER/DÖBELI/FRITSCHI, Jusletter 31. August 2015, Rz. 7 ff.

<sup>21</sup> Wird die Nichtigkeit von keiner Partei behauptet, kann das Gericht zwar nach dem Grundsatz *iura novit curia* dennoch zu diesem Ergebnis gelangen, hat indessen den Parteien hierzu ausreichendes rechtliches Gehör zu gewähren, wenn es sich nicht dem Vorwurf der Verletzung der Dispositionsmaxime aussetzen will. Vgl. dazu WIEGAND, ne ultra petita, 140 f.

selbst unter der inzwischen restriktiven Rechtsprechung.<sup>22</sup> Somit entfielen auch die Kausalität des Vertreterhandelns zum behaupteten Schaden.<sup>23</sup> Bei einer *juristischen Person* käme es zu deren Liquidation, inklusive Anfall des Erlöses an das «Gemeinwesen» i.S.v. Art. 57 Abs. 3 ZGB.<sup>24</sup> In beiden Fällen würde das unbefriedigende Obsiegen des wirtschaftlich Berechtigten oder seiner Konstruktion verhindert.

Die Hürden zu einem entsprechenden Urteil sind indes enorm hoch. Sie potenzieren sich noch, wenn mit der Dualität ausländisches Recht umgegangen werden soll oder die formal berechnigte juristische Person einem ausländischen Gesellschaftsstatut untersteht.<sup>25</sup> Dann hat das Gericht zusätzlich noch das ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen bzw. die zumutbaren und verhältnismässigen Abklärungen dazu vorzunehmen (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Zwar kann es die Parteien zur Mitwirkung anhalten oder ihnen den Nachweis ganz überbinden (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 und 3 IPRG). Doch nur falls daraus kein zuverlässiges Ergebnis resultiert oder ernsthafte Zweifel daran aufkommen, darf das Gericht ersatzweise Schweizer Recht anwenden (Art. 16 Abs. 2 IPRG).<sup>26</sup> Führt das ausländische Recht sodann zu anderen Folgen als unsere Rechtsordnung, müsste das Gericht zusätzlich noch darlegen, warum dieses Ergebnis mit unserem Ordre public nicht vereinbar ist, bevor es die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts ausschliessen und subsidiär das hiesige Recht zur Anwendung bringen dürfte (Art. 17 IPRG, negativer Ordre public).<sup>27</sup>

Es ist bereits angesichts des Begründungsaufwandes ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb Gerichte diesen Weg soweit ersichtlich nicht beschritten haben, um den Ansprüchen von wirtschaftlich Berechtigten oder ihren Konstrukten zu begegnen. Der skizzierte Ansatz mag in Minderheits-

---

<sup>22</sup> Vgl. ZELLWEGER-GUTKNECHT, Transfer und Auszahlung, 739 f. m.w.H. Denn BGE 134 III 438 E. 3.2 S. 445 schloss neben der Restitution des Gaunerlohns weiterhin auch die Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen aus, sofern es «der Zweck der verletzen Norm [...] eindeutig [...] erfordert». Das dürfte stets zu bejahen sein, wo der Staat einen Einziehungsanspruch o.ä. durchsetzen will.

<sup>23</sup> In Analogie zu BGE 129 IV 257 E. 2.3 S. 261: Dort konnte der Darlehensgeber die für ein Spiel dargeliehene Summe aufgrund von Art. 513 OR nicht mehr einklagen, so dass die zweckwidrige Verwendung des Geldes durch den Darlehensnehmer sein Verlustrisiko nicht mehr erhöhen konnte.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 112 II 1 E. 4b S. 6 f. und E. 7 S. 10 ff.

<sup>25</sup> Zur Missbräuchlichkeit im transnationalen Bereich vgl. Kap. VI.

<sup>26</sup> Vgl. nur BGE 128 III 346 E. 3.2.1 S. 351.

<sup>27</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350.

voten seinen Niederschlag gefunden haben<sup>28</sup> – aber nicht in den Endfassungen der Urteile. Denn (und das tritt noch erschwerend hinzu) eine Rechtsprechung, welche den wirtschaftlich Berechtigten und seinen Konstrukten den Rechtsschutz *expressis verbis* wegen des verfolgten sitten- oder rechtswidrigen Zwecks versagt hätte, wäre in der Schweiz noch bis vor kurzem auch (wirtschafts-)politisch nicht opportun gewesen.

Stattdessen behalfen sich die Gerichte mit einer betont strengen Haltung, die etwa wie folgt zusammengefasst werden kann: «La personne qui confie des biens à autrui, en lui accordant une procuration ou de toute autre manière, doit assumer elle-même le risque d'un éventuel abus.»<sup>29</sup> Gerade im Bereich der qualifizierten Interessenkonflikte verhinderte diese kompensatorische Härte aber auch die Heranbildung einer stringenteren Dogmatik. Weil in den Urteilen die mutmasslich leitenden ethischen Bedenken und Hintergründe zudem nicht ausgesprochen wurden, irritieren die erzielten Resultate heute noch zusätzlich.<sup>30</sup>

Künftig dürfte sich aber einiges ändern: Der Wechsel hin zum Abklärungsprinzip und die fortschreitende Transparenz sowie Automatisierung der Informationsflüsse werden mutmasslich die missbräuchlich eingesetzte wirtschaftliche Berechtigung einerseits eindämmen und andererseits rascher entlarven. Wer sie rechtmässig verwendet, wird wohl bei qualifizierten Interessenkonflikten vermehrt Recht erhalten. Und Missbrauchsfälle dürften die Gerichte alsbald unumwunden als solche benennen – wie es heute beim (umgekehrten) Durchgriff in der Zwangsvollstreckung bereits geschieht. Der vorliegende Text ist denn auch bereits in diesem Sinne abgefasst.

## II. Innenverhältnis: wirtschaftliche Kontrolle

Der Klarheit halber ist der Untersuchungsgegenstand kurz einzugrenzen. Zwar existiert hierzulande weder im Ständesrecht noch im Gesetz eine einheitliche Definition der wirtschaftlichen Berechtigung<sup>31</sup> und auch in völker-

---

<sup>28</sup> Exemplarisch hatte etwa ein Minderheitsvotum des Handelsgerichts Zürich im Vorfeld zu HGer ZH Urteil HG110230 vom 10. Juni 2016 vergeblich den wirtschaftlich Berechtigten der Klägerin als (missbräuchlichen) «Weltenbummler» ohne Steuerdomizil qualifiziert und die Klage im Wesentlichen abweisen wollen. Vgl. BGer Urteil 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017 Sachverhalt B/e/a. und B/b/i/f.

<sup>29</sup> Zit. BGer Urteil 4C.397/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.

<sup>30</sup> Paradigmatisch sind hier die unten noch behandelten BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 und 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51.

<sup>31</sup> HEIM, VSB 2016, N 9 zu Art. 27.



rechtlichen Verträgen<sup>32</sup> wie im internationalen Soft Law<sup>33</sup> bestehen Nuancen.<sup>34</sup> Für den vorliegenden Zweck reicht indes die Feststellung, dass deren Fokus inzwischen stets auf jenen natürlichen Personen liegt, die *Vermögenswerte kontrollieren können* – selbst wenn sich diese Kontrolle aktuell nicht in ihrem eigenen Vermögen auswirkt.<sup>35</sup>

Vom Begriff des wirtschaftlich Berechtigten (*beneficial owner*) ausdrücklich nicht erfasst, ist folglich der wirtschaftlich nur Begünstigte (*beneficiary*): Ihm können zwar Vermögenswerte zufließen, doch bevor es soweit ist, übt er – anders als der Berechtigte – keinerlei Kontrolle aus.<sup>36</sup> Er spielt im weiteren Verlauf der Untersuchung keine Rolle.

### III. Aussenverhältnis: rechtliche Dualität oder Einheit?

In der Praxis variieren die konkrete Ausgestaltung der wirtschaftlichen Berechtigung im Innenverhältnis und ihre Kundgabe im Aussenverhältnis enorm. Das sei am Beispiel einer simplen Kontobeziehung mit einer Bank verdeutlicht: Das Bankinstitut ist Vertragspartner der Kontoinhaberin und letztere wiederum formalrechtliche Inhaberin der aus dieser Beziehung fliessenden Rechte und Pflichten. Wirtschaftlich aber übt ein vertragsfremder Dritter die Kontrolle aus. Diese Kontrolle wird freilich inzwischen unter dem Abklärungsprinzip regelmässig nach aussen kundgegeben.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Zum Staatsvertrag 10 Schweiz-USA vgl. insb. BVwGer A-6053/2010 vom 10. Januar 2011 Ziff. 7.3.2; ARTER, AJP 2012, 523 ff.

<sup>33</sup> Zu den Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) etwa: ARTER, AJP 2012, 513; VISCHER/GALLI, SJZ 2016, 484. Zu den Wolfsberg-Principles: ARTER, AJP 2012, 513 f.

<sup>34</sup> Vgl. nur die Übersicht bei HEIM, VSB 16, N 15 zu Art. 27.

<sup>35</sup> A.A. aber offenbar GERICKE/KUHN, AJP 2015, 856; BSK OR-DETTWILER/HESS, Art. 697j N 37. Wie hier m.E. überzeugend schon VISCHER/GALLI, SJZ 2016, 484.

<sup>36</sup> Eingehend zu dieser Differenzierung im Hinblick auf Trusts: ARTER, AJP 2012, 506 ff., 253 ff., 257 f.

<sup>37</sup> Unter dem Abklärungsprinzip ist die Kontoinhaberin dazu, von Ausnahmen abgesehen, generell verpflichtet (vgl. Kap. I.1). Andernfalls begeht sie Urkundenfälschung; vgl. nur BGE 137 II 404 E. 9.9.2. Ob die Bank in diesem Fall gutgläubig ist, hängt davon ab, ob sie die den Umständen geschuldete Sorgfalt hat walten lassen (s.u. Kap. IV.2.b). Allenfalls macht sie sich auch strafbar nach Art. 305<sup>ter</sup> StGB.

## 1. Ordentliche Situation

Unter normalen Umständen ergeben sich hieraus für das Aussenverhältnis mehrere Möglichkeiten. In einer ersten Konstellation besteht zwischen den Rechtssphären der Kontoinhaberin und dem wirtschaftlich Berechtigten eine strikte Trennung. Das gilt besonders dort, wo der Berechtigte keinerlei Vertretungsmacht erhält. Damit bringt die Kontoinhaberin einen *absoluten Dualitätswillen* zum Ausdruck.

Das hat zur Folge, dass (vorbehältlich einer ausserordentlichen Situation)<sup>38</sup> die Trennung für alle drei Parteien gleichermassen gilt: Die Bank hat ihre Pflichten ausschliesslich gegenüber der Kontoinhaberin zu erfüllen und kann diese nicht durch eine direkt an den wirtschaftlich Berechtigten erbrachte Leistung (etwa Information) ersetzen.<sup>39</sup> Umgekehrt haftet ihr der Berechtigte nicht für die Kontoinhaberin, muss sich aber auch das Bankgeheimnis entgegenhalten lassen.<sup>40</sup> Auch kann der wirtschaftlich Berechtigte die Bank nicht zu einer internen Kontensperre veranlassen<sup>41</sup> oder alleine unter Hinweis auf die Angaben auf dem Formular A, das ihn als berechtigt ausweist, eine Überweisung bewirken.<sup>42</sup> Selbst wenn wirtschaftlich Berechtigte von Gesellschaften fürchten, dass der von ihnen beauftragte Verwalter unbefugte Bezüge von Bankkonten der Gesellschaften tätigt, haben sie keinen auftragsrechtlichen Auskunftsanspruch gegen die Bank. Vielmehr müssen sie diesen gestützt auf ihr Innenverhältnis zum Verwalter geltend machen und namentlich die Edition von Dokumenten in den Händen Dritter, insbesondere der Bank, verlangen (Art. 160 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 177 ZPO).<sup>43</sup> Desgleichen könnte eine solche Edition auch im Rahmen

---

<sup>38</sup> Vgl. sogleich Kap. III.2.

<sup>39</sup> Offen gelassen in BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3.c.bb = Pra 92 (2003) Nr. 51 (indes in einer Sondersituation, in welcher der Dualitätswille fraglich war).

<sup>40</sup> Vgl. etwa BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51 E. 3c/aa m.w.H.

<sup>41</sup> BGer Urteil 4A\_3/2010 vom 15. April 2010: Die wirtschaftlich Berechtigte müsste stattdessen eine vorsorgliche Beschlagnahmung veranlassen. In casu war die Bank vom Anwalt der wirtschaftlich Berechtigten schon im Januar 1994 um interne Sperre ersucht worden. Durch die Vorlage von strafprozessualen Einvernahmeprotokolle muss der Bank ab dem 12. April 1995 klar gewesen sein, dass gegen den formell berechtigten Kontoinhaber ermittelt wurde. Dennoch erlaubte sie ihm noch am 19. April und am 3. Mai 1995 Abzüge von rund EUR 63'000 bzw. 49'000.

<sup>42</sup> BGE 132 III 609 E. 5.3.1 S. 618 m.w.H. = Pra 96 (2007) Nr. 46.

<sup>43</sup> BGer Urteil 5A\_551/2009 26. Februar 2010, noch zu aArt. 963 OR, der dafür eigens eine prozessuale Editionsspflicht statuierte für Personen, die zur Führung von Geschäfts-

einer vorsorglichen Beweisführung zur Klärung der Prozesschancen erfolgen (Art. 158 ZPO).

In der zweiten Konstellation verfügt der wirtschaftlich Berechtigte zwar über Vertretungsmacht, nutzt sie aber nicht. Je länger dieser Zustand andauert, desto eher erlaubt er den Schluss, dass die Kontoinhaberin ihren Dualitätswillen nur *potenziell relativiert*: Zwar will sie die Dualität wie schon in der ersten Konstellation nur in Ausnahmefällen durchbrochen sehen, erteilt aber mutmasslich gerade im Hinblick darauf bzw. rein vorsorglich die Vertretungsmacht. Solange der wirtschaftlich Berechtigte nicht aktiv wird, hat sich folglich auch die Bank an die Trennung zu halten, sofern die Dinge ihren ordentlichen Lauf nehmen. Weil indes die Kontoinhaberin durch die Vertretungsmacht signalisiert, dass sie die Trennung vom Berechtigten nicht ganz so strikt umsetzen will, wird die Bank in ausserordentlichen Situationen entsprechend rascher (als in der ersten Konstellation) den bevollmächtigten wirtschaftlich Berechtigten beiziehen dürfen, wenn dies zur Wahrung der Interessen der Kontoinhaberin geeignet und erforderlich scheint, ohne namentlich eine Verletzung von Art. 47 BankG fürchten zu müssen.

In der dritten Konstellation schliesslich stattet die Kontoinhaberin den wirtschaftlich Berechtigten entweder explizit mit Vertretungsmacht aus, die dieser dann auch nutzt. Oder sie bringt die Vertretungsmacht stillschweigend zum Ausdruck, indem sie Handlungen des Berechtigten in ihrem Namen duldet. Im Umfang der genutzten Vertretungsmacht *relativiert* sich damit der ursprünglich kundgegebene *Dualitätswille graduell*.

In diesem Rahmen berechtigt und verpflichtet der wirtschaftlich Berechtigte die Kontoinhaberin unmittelbar. So etwa, wenn er Effektengeschäfte tätigt<sup>44</sup> oder Auszahlungen anordnet.<sup>45</sup> Desgleichen vermag der Berechtigte durch seinen Widerspruch die Genehmigungsfiktion der Bank zu zerstören.<sup>46</sup> Ist der Berechtigte gar einzige Ansprechperson für sämtliche Belange, entscheidet seine Sach- und Fachkenntnis über den Grad der vom Vermögensverwalter dem Kontoinhaber geschuldeten Aufklärungspflicht.<sup>47</sup> Denn Wissen und Wissenmüssen des Vertreters werden dem Vertretenen

---

büchern verpflichtet sind. Die Pflicht ergibt sich heute aus den genannten Bestimmungen der ZPO. Vgl. eingehend zur Mitwirkungspflicht Dritter unten Kap. VI.3.d.

<sup>44</sup> Cour de Justice GE C/15736/2004 vom 23. Februar 2007; RDCPA 7+8/2007 32.

<sup>45</sup> HGer ZH vom 18. Dezember 2006 in ZR 106 (2007) Nr. 36.

<sup>46</sup> BGer Urteil 4A\_488/2008 vom 15. Januar 2009 E. 5.2.

<sup>47</sup> HGer ZH Urteil HG110230 vom 10. Juni 2016 E. 3.1 und 3.5.2, bestätigt von BGer Urteil 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017.

angerechnet.<sup>48</sup> Dasselbe Prinzip greift, wenn der wirtschaftlich Berechtigte zwecks Vertragsanbahnung bei der Bank Erkundigungen einholt: Das so bei ihm erzeugte Vertrauen gilt als solches der nachmaligen Kontoinhaberin, die deswegen gegebenenfalls spontane Warnung von der Bank erwarten darf.<sup>49</sup>

Abschliessend ist hervorzuheben, dass in allen drei genannten ordentlichen Konstellationen die *Trennung* – wenn überhaupt – *alleine auf Rechnung der Kontoinhaberin durchbrochen* wird. Dem wirtschaftlich Berechtigten hingegen erwachsen weder eigene Rechte noch Pflichten gegenüber der Bank.

## 2. Ausserordentliche Situationen

Selbst wenn die Kontoinhaberin gegenüber der Bank ihren Wunsch nach einer formellen Trennung zwischen ihrer eigenen Rechtssphäre und derjenigen des wirtschaftlich Berechtigten zum Ausdruck gebracht hat, können Sondersituationen auftreten, in denen dieser Dualitätswille von vornherein unwirksam ist. Das trifft jedenfalls auf drei Konstellationen zu:

In der ersten Fallgruppe kommt es zu einer *qualifizierten Interessenkollision* zu Lasten der Kontoinhaberin; so namentlich bei Insichgeschäften.<sup>50</sup> Ebenfalls hier einzuordnen sind sogenannte Eigengeschäfte eines Organes oder Vertreters sowie die Verletzungen des Geschäftszwecks, sofern Eigeninteresse bzw. Zweckwidrigkeit für die Bank als Gegenpartei zumindest erkennbar sind. Hier nun erwächst der Bank *gegenüber der Kontoinhaberin* die Pflicht, den wirtschaftlich Berechtigten in die Lage zu bringen, auf Rechnung der Kontoinhaberin handeln und so deren Interessen wahren zu können. *Eigene* Rechte und Pflichten des wirtschaftlich Berechtigten ergeben sich daraus für sich alleine genommen aber nicht – mit einer Ausnahme: Auch der wirtschaftlich Berechtigte kann, wie jede andere Person, die Nichtigkeit des von der Interessenkollision betroffenen Geschäfts feststellen lassen.<sup>51</sup>

In der zweiten Fallgruppe läuft die vom Kontoinhaber intendierte Dualität einer *Schutznorm* zuwider und bleibt deswegen von vornherein unbeachtlich. Hier einzuordnen und von praktisch hoher Relevanz ist die Durchsetzung von erbrechtlichen Ansprüchen, soweit der Erblasser an Vermögenswerten nur wirtschaftlich berechtigt war. Gleiches gilt für Ehepartner gegenüber ihrem wirtschaftlich an Vermögenswerten berechtigten

---

<sup>48</sup> BGE 140 III 86 E. 4.1 S. 91 m.w.H.

<sup>49</sup> BGer Urteil 4A\_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.

<sup>50</sup> Vgl. unten Kap. IV.1.

<sup>51</sup> Vgl. HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 2.1.5 m.w. H.

Gatten. Hingegen nur *vage obiter* angedeutet hat die Rechtsprechung bislang die mögliche Haftung der Bank gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten für die vorsätzliche Teilnahme an widerrechtlichen Handlungen Dritter<sup>52</sup> oder der Kontoinhaberin.<sup>53</sup> Hier nun verfügt der wirtschaftlich Berechtigte ausnahmsweise durchaus über eigene (ausservertragliche) Ansprüche gegenüber der Bank.

Die dritte Fallgruppe schliesslich umfasst Situationen, in denen die Dualität der Rechtssphären von wirtschaftlich und formell Berechtigten *missbräuchlich* vorgeschoben wird, um zwingende Normen zu umgehen. Betroffen sind vor allem Zwangsvollstreckungsgläubiger, denen etwa mithilfe des (umgekehrten) Durchgriffs doch noch zu ihrem Recht verholfen wird. Entsprechend können hier dem wirtschaftlich Berechtigten zwar durchaus eigene Pflichten erwachsen, nicht aber eigene Rechte, da ein Durchgriff stets nur zu Lasten der missbräuchlich agierenden Personen erfolgt.

Nachstehend wird jede der drei genannten Fallgruppen gesondert dargestellt.

## IV. Qualifizierte Interessenkollision

Zu den wesentlichsten Fällen einer qualifizierten Interessenkollision gehören wie erwähnt die Insichgeschäfte (entweder durch Selbstkontrahieren oder durch Doppelvertretung), die Eigengeschäfte sowie die Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks.

### 1. Insichgeschäfte

*Mit sich selbst kontrahiert* eine Person, die auf der einen Seite eines Rechtsgeschäfts selbst Partei ist und auf der anderen Seite ausgestattet mit Vertretungsmacht für die vertretene Person ein Geschäft abschliessen will – insbesondere als Organ einer Gesellschaft, aber auch als bürgerlicher Stell-

---

<sup>52</sup> Vgl. BGer Urteil 4A.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3.c.aa i.f. = Pra 92 (2003) Nr. 51: «Da zum wirtschaftlich Berechtigten keinerlei vertragliche Beziehung besteht, kann die Bank auch nicht aus Vertrag dafür haften, dass sie Letzteren nicht über [...] Handlungen [des Kontoinhabers] informiert hat. Einzig eine ausservertragliche Haftung der Bank könnte bei Vorliegen gewisser Umstände in Frage kommen.»

<sup>53</sup> Vgl. zum letzten Fall unten v.a. Kap. V.3.a.

vertreter.<sup>54</sup> Bei der *Doppelvertretung* wird das fragliche Geschäft auf keiner Seite namens und auf Rechnung des Vertreters geschlossen, sondern vielmehr im Namen und auf Rechnung zweier vom Vertreter verschiedener Parteien, die der Vertreter indessen auf beiden Seiten des Geschäfts vertritt. Vermutungsweise führen derartige Konstellationen zu einer Interessenkollision, die sich zuungunsten des Vertretenen auswirkt.<sup>55</sup> Eine Ausnahme gilt freilich, wenn jemand in der Doppelstellung als Organ zweier juristischer Personen für diese kontrahiert: Handelt er ohne persönliches Interesse, wird eine Interessenkollision heute nicht mehr vermutet.<sup>56</sup> Freilich ist ein solches persönliches Interesse zu vermuten, wenn er an einer der von ihm als Organ vertretenen Gesellschaften wirtschaftlich berechtigt ist.

Davon abgesehen sind aber Insigeschäfte nach hiesigem Recht prinzipiell unzulässig bzw. vermutungsweise nicht von der Vertretungsmacht gedeckt und deswegen nichtig.<sup>57</sup> Nur ausnahmsweise erlangt das so geschlossene Rechtsgeschäft Gültigkeit:<sup>58</sup> Wenn entweder eine Benachteiligung der Vertretenen ausgeschlossen werden kann;<sup>59</sup> etwa bei einer Doppelvertretung von zwei rechtlich verschiedenen, aber wirtschaftlich identischen Subjekten.<sup>60</sup> Oder wenn eine ausdrückliche Ermächtigung für den Modus des Insigeschäfts vorliegt bzw. der Modus nachträglich genehmigt wird.<sup>61</sup> Beherrscht das selbstkontrahierende Organ eine Gesellschaft, ist eine solche Rechtfertigung nur von der Generalversammlung erhältlich zu machen.<sup>62</sup>

## 2. Eigengeschäfte

### a) Eigeninteresse des Vertreters

Vergleichsweise milder behandelt werden Eigengeschäfte des Vertreters – unabhängig davon, ob es sich bei ihm um den wirtschaftlich Berechtigten

---

<sup>54</sup> Vgl. schon BGE 39 II 561 E. 3 S. 566 f.

<sup>55</sup> BGE 138 III 755 E. 6.2 S. 772.

<sup>56</sup> BGE 98 II 211 E. 8 S. 219 («... que ses intérêts personnels ne sont pas directement en jeu ...»); BUCHER, Obligationenrecht, 638.

<sup>57</sup> BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; BGer Urteil 4A\_474/2014 vom 9. Juli 2015 E. 7.

<sup>58</sup> Vgl. nur BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rz. 603 m.w.H.

<sup>59</sup> BGE 126 III 361 E. 3a S. 363; 127 III 332 E. 2a S. 333 f.

<sup>60</sup> BGer Urteil 4C.294/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 1.3.

<sup>61</sup> Für die Aktiengesellschaft etwa durch nicht betroffene Verwaltungsräte oder subsidiär durch die Generalversammlung; vgl. BUCHSER/MÜLLER, Festschrift Fischer, 64 m.w.H.

<sup>62</sup> BGE 127 III 332 E. 2b/aa S. 335; BUCHSER/MÜLLER, Festschrift Fischer, 64 m.w.H.

selbst handelt, der die Kontoinhaberin vertritt oder einen Dritten, der für den wirtschaftlich Berechtigten tätig wird (etwa als Organ oder beauftragter Vermögensverwalter).

Hier kontrahiert der Vertreter zwar formell im Namen des Vertretenen mit einem Dritten, allerdings liegt das Geschäft nicht im Interesse des Vertretenen, sondern im Eigeninteresse des Vertreters.<sup>63</sup> Wiederum geht unsere Rechtsordnung davon aus, dass der mutmassliche Wille des Vertretenen von vornherein stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich ihm gegenüber als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen.<sup>64</sup>

Aus Gründen der Verkehrssicherheit wird hier nun allerdings die Gegenpartei geschützt, sofern sie guten Glaubens auf die Vertretungsmacht vertraut. Im Gesellschaftsrecht unterfallen solche Situationen folglich Art. 718a Abs. 2 OR: Die Interessenkollision begrenzt die Vertretungsmacht nur, falls sie für die Gegenpartei bei gebührender Sorgfalt zumindest erkennbar war<sup>65</sup> – dann aber mit Nichtigkeitsfolge selbst in Fällen, in denen der vertretenen Person konkret kein Nachteil entsteht.<sup>66</sup> Weitere Ausführungen zur Vertretungsmacht, insbesondere im transnationalen Bereich, finden sich im Abschnitt über die Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks.<sup>67</sup>

## **b) Fehlende Gutgläubigkeit der Gegenpartei**

Zwar wird Gutgläubigkeit prinzipiell vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Wer indessen bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). *Wann* sich das Mass der geschuldeten Sorgfalt erhöht, ergibt sich etwa aus dem Standesrecht<sup>68</sup> und den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, die nachfolgend kurz umrissen werden.

Generell bewirken *unter gewöhnlichen Umständen* erst konkrete Verdachtsgründe eine erweiterte Abklärungspflicht, während ansonsten keine allgemeine Erkundigungspflicht nach der Verfügungsmacht des Ver-

---

<sup>63</sup> SCHOTT, Insihgeschäft, 86.

<sup>64</sup> BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 (zur organschaftlichen Vertretung); ZOBL, ZBJV 1989, 295 f.

<sup>65</sup> BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 m.w.H.; BGer Urteil 4A\_474/2014 vom 9. Juli 2015 E. 7; SCHOTT, Insihgeschäft, 96.

<sup>66</sup> BGE 126 III 361 E. 3a S. 364.

<sup>67</sup> Vgl. unten Kap. IV.3.

<sup>68</sup> BGer Urteil 4A\_122/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 3.2.3 m.w.H.

äusserers besteht. Demgegenüber werden entsprechende Abklärungs- bzw. Erkundigungspflichten bei *besonders risikobehafteten Geschäften* bereits ausgelöst, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu generellem Misstrauen gegeben erscheint. Hinreichende Verdachtsmomente können sich namentlich ergeben aus der Übermittlungsart, aus Widersprüchen in der Auftragserteilung und aus dem Umfang der betroffenen Vermögenswerte.<sup>69</sup> Erhöhte Aufmerksamkeit ist schliesslich auch angezeigt bei marktunüblichen Konditionen (namentlich bei Liberalitäten).<sup>70</sup>

Für den *Finanzsektor* unterscheidet das Bundesgericht in diesem Zusammenhang zudem zwischen dem sogenannten Massengeschäft und den qualifizierten Bankgeschäften.<sup>71</sup> Häufig ist ein Interessenkonflikt nur erkennbar, wenn der wirtschaftliche Hintergrund eines Geschäftes bekannt ist. Allerdings wird der Bank diese Abklärung nicht bei jeder alltäglichen Transaktion zugemutet. Mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und die zur Bankenaufsicht entwickelten Grundsätze,<sup>72</sup> hat die Bank den wirtschaftlichen Hintergrund eines Geschäftes nur abzuklären, wenn «Anzeichen darauf hindeuten, dass die Transaktion Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts bilden könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutendes Geschäft handelt. [Denn es] gehört zur üblichen und alltäglichen Reaktion jedes sorgfältigen Kaufmannes im Allgemeinen und jedes sorgfältigen Bankiers im Besonderen, sich für den Abschluss qualifizierter Geschäfte besonders aussagekräftige und detaillierte Entscheidungsgrundlagen bereitzustellen».<sup>73</sup>

Zur ersten Kategorie der *Massengeschäfte* zählen etwa Überweisungen, so dass prinzipiell auch zweistellige Millionenbeträge keine erhöhte Sorgfalt verlangen. Das gilt unter Umständen selbst dann, wenn ein Gesellschaftsorgan solche Zahlungen auf sein eigenes Konto veranlasst – was freilich allgemein zur Vorsicht mahnt «weil ein Interessenkonflikt jedenfalls als möglich erscheint». Diese Vorsichtspflicht wird indessen herabgesetzt, wenn etwa auch die übrigen Geschäfte einer Gesellschaft jeweils über das betreffende Organ abgewickelt werden und dieses Organ bei der Gesell-

---

<sup>69</sup> Vgl. etwa BGer Urteil 4C.28/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.2.3 m.w.H. der die Grundsätze zum gutgläubigen Eigentumserwerb auch beim Blankettmissbrauch zur Anwendung brachte.

<sup>70</sup> Vgl. zu Liberalitäten BRUNNER, Aspekte des internationalen Konzernrechts, 127 und Fn. 58.

<sup>71</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3.d.

<sup>72</sup> BGE 108 Ib 186 E. 3b S. 191.

<sup>73</sup> Zit. BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3.d.



schaft erkennbar ein Vertrauen geniesst «das weit über das für ein Gesellschaftsorgan Übliche hinaus» geht.<sup>74</sup> Erst wenn besondere Aspekte hinzutreten, erhöht sich die Sorgfaltspflicht, etwa wenn der Zahlungsbegünstigte im vorgenannten Beispiel verschuldet ist und dies der Bank bekannt sein musste.<sup>75</sup>

Barbezüge eines Vertreters, die dieser erkennbar auf eigene Rechnung tätig, verpflichten die Bank je nach Höhe und Umfang zu weiteren Abklärungen. So erachtete das Bundesgericht Abhebungen eines Stiftungsrates vom Konto der Stiftung in der Höhe von fast CHF 178'000 plus USD 45'000 im Zeitraum von zwei Jahren als «eine ganz aussergewöhnliche Situation», in der die Bank (wohlgemerkt gegenüber der Stiftung als Kontoinhaberin) sogar verpflichtet gewesen sei, sich bei den wirtschaftlich Berechtigten über die Rechtmässigkeit der Abhebungen zu erkundigen, um die Interessen der Kontoinhaberin ausreichend zu wahren.<sup>76</sup> Freilich sollte das Gesagte nur für die im zweiten Jahr erfolgten Bezüge gelten, da die wirtschaftlich Berechtigten (sic) den Vertreter nicht überwacht hatten.<sup>77</sup> Diese Differenzierung ist höchstens nachvollziehbar, soweit die mangelnde Kontrolle der wirtschaftlich Berechtigten als wiederum unüblich grosses Vertrauen der Stiftung in den Vertreter ausgelegt wird. Im konkreten Fall war die Differenzierung aber m.E. verfehlt: Dort hatte der Vertreter bzw. Stiftungsrat schon vier Jahre zuvor eine dem Gesellschaftszweck erkennbar zuwiderlaufende Drittpfandbestellung vorgenommen. Sie musste auch seine späteren Barbezüge von vornherein in einem zweifelhaften Licht erscheinen lassen, was vertiefere Abklärungen der Bank schon ab den ersten Barbezügen erfordert hätte.<sup>78</sup>

Klarerweise nicht zum Massen-, sondern zum *qualifizierten Bankgeschäft* gehört das Kreditwesen.<sup>79</sup> Denn bereits die prudentiellen Bestimmungen

---

<sup>74</sup> Zit. BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 4.c.

<sup>75</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 4.b m.w.H.

<sup>76</sup> Frei übersetzt aus BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 3.5: «una situazione del tutto eccezionale, che avrebbe dovuto indurre la banca a effettuare una verifica presso le aventi diritto economico dei conti».

<sup>77</sup> BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.4.1.

<sup>78</sup> BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4. Sonst läuft das Ergebnis auf die Berücksichtigung eines «Mitverschuldens» der Gesellschaft hinaus. Das aber wäre unzulässig: Erkennbare Interessenkollisionen führen zur Nichtigkeit des fraglichen Geschäfts. Barbezüge erfolgen in diesem Fall unautorisiert und entsprechende Belastungsbuchungen sind zu berichtigen. Vgl. unten Kap. IV.2.c.

<sup>79</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

verlangen hier erhöhte Sorgfalt. Das gilt selbst dann, wenn Dritte das Kreditrisiko für die Bank absichern oder Dritte als Gläubiger fungieren.<sup>80</sup> Zwar können Kontoinhaber aus diesen aufsichtsrechtlichen Pflichten der Bank keine zivilrechtlichen Ansprüche ableiten. Allerdings wird der Bank das Wissen zugerechnet, das sie bei einem bankenrechtlich korrekten Vorgehen gehabt hätte. Sonst könnte sie zivilrechtliche Vorteile aus ihrem aufsichtswidrigen Verhalten ziehen, was auf einen Rechtsmissbrauch hinausliefe.<sup>81</sup> Unter diesen Umständen konnte etwa die Bank im vorgenannten Beispiel nicht gutgläubig sein in Bezug auf die vom Stiftungsrat zugunsten der Stiftung vorgenommene Drittpfandbestellung: Durch die prudenziell gebotene vertiefte Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe des zu sichernden Kreditgeschäfts musste der Bank klar werden, dass der Stiftungsrat selbst an der Kreditnehmerin wirtschaftlich beteiligt war und ein grosses Eigeninteresse an der Kreditvergabe sowie der Sicherstellung hatte, mithin ein evidenten Interessenkonflikt vorlag.

Weiter erhöht gerade im Auftragsrecht die Kreditvergabe der Bank an ihren Kunden auch die von ihr zivilrechtlich geschuldete Sorgfalt. Denn zum einen wächst dadurch ihr Eigeninteresse am Geschäft, was das Risiko möglicher Interessenkonflikte steigert. Zum andern sind die Interessen des Kunden gefährdeter, wenn er nicht nur über seine Aktiven disponiert, sondern zusätzlich noch neue Passiven begründet.<sup>82</sup>

Schliesslich ist besondere Aufmerksamkeit auch geboten, wenn die fraglichen Geschäfte über die übliche Geschäftsführung mit dem betroffenen Kunden hinausgehen;<sup>83</sup> so etwa, wenn Sicherstellungen geleistet werden, die mit der Vermögensanlage des belasteten Kunden direkt nichts zu tun haben: Hier ist der wirtschaftliche Hintergrund der Sicherstellung im Gesamtzusammenhang mit dem Kreditgeschäft abzuklären.<sup>84</sup> Dabei kann sich durchaus ergeben, dass die Kontoinhaberin zu Anlagezwecken das kreditfinanzierte und gesicherte Geschäft gemeinsam mit dem Dritten durchführt; mithin kein Interessenkonflikt vorliegt. Auf einen entsprechenden guten Glauben darf sich die Bank aber nicht ohne weitere Abklärung berufen.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

<sup>81</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 133 III 97 E. 7.1.1 S. 103 m.H.a. BGE 119 II 333 E. 5a S. 335; BGer Urteil 4C.265/2001 vom 15. Januar 2002 E. 2.

<sup>83</sup> BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.

<sup>84</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

<sup>85</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.a.

### c) Rechtsfolgen

Ist aber erhöhte Aufmerksamkeit geboten, können einer Bank bei sorgfältiger Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts die wirtschaftlich Berechtigten der an diesem Geschäft beteiligten Parteien nicht verborgen bleiben.<sup>86</sup> So besteht etwa Grund zur Annahme eines Interessenkonfliktes, wenn der Kunde, handelnd durch seinen Vertreter, das Kreditgeschäft eines Dritten absichert und die wirtschaftlich Berechtigten des Kunden und des Dritten nicht identisch sind<sup>87</sup> oder gar der Vertreter als wirtschaftlich Berechtigter des Dritten fungiert.<sup>88</sup>

Ist der Interessenkonflikt aufgrund der konkreten Umstände erkennbar, entfällt die Vertretungsmacht – unabhängig davon, ob das fragliche Rechtsgeschäft für die vertretene Person letztlich vorteilhaft war oder nicht.<sup>89</sup> Die daraus folgende Nichtigkeit kann von jedermann geltend gemacht werden, mithin auch von einem bloss wirtschaftlich berechtigten Dritten.<sup>90</sup>

Aus gleichem Grund ist der Bank auch ein Rückgriff auf eine allfällige Genehmigungsfiktion verwehrt, da sie bei einer erkennbaren Interessenkollision Genehmigung gerade nicht erwarten darf. Zudem wäre der Kontoinhaberin (jedenfalls wenn ein Organisationsmangel vorliegt)<sup>91</sup> eine Reklamation gar nicht möglich und zumutbar.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.b.

<sup>87</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5.b.

<sup>88</sup> Vgl. auch BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4. Insofern ist es unbefriedigend bzw. allenfalls der Prozessführung der Parteien zuzuschreiben, dass in BGer Urteil 4A\_272/2015 vom 10. Mai 2016 wie auch im vorinstanzlichen Urteil, HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015, die wirtschaftliche Berechtigung der sicherungsbegünstigten Drittgeseilschaft nicht abgeklärt wurde, ohne dass deswegen der gute Glauben der Bank angezweifelt worden wäre.

<sup>89</sup> BGE 126 III 361 E. 3a S. 364 m.w.H.; BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 5b.

<sup>90</sup> Vgl. HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 2.1.5 m.w.H.

<sup>91</sup> Dieser Aspekt blieb in BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51 S. 249 unbeachtet.

<sup>92</sup> Jüngst etwa BGer Urteil 4A\_548/2013 und 4A\_550/2013 vom 31. März 2014 E. 3.6 m.w.H., wonach die Genehmigungsfiktion missbräuchlich ist, wenn die Bank aufgrund der Umstände zumindest wissen muss, dass ein fragliches Geschäft dem Willen des Kunden nicht entspricht. Vgl. auch BGer Urteil 4A\_488/2008 15. Januar 2009 E. 5.2. Siehe auch BGer Urteil 4A\_488/2008 15. Januar 2009 E. 5.2, dort zudem mit dem Hinweis, dass die Genehmigungsfiktion nicht greift, wenn dem Kunden die Reklamation objektiv nicht möglich und zumutbar war. Vgl. aber BGer Urteil 4C.194/2005 vom 28. September 2005 E. 3.2.3.1 zu den Obliegenheiten des Kunden (bleiben Reklamationen gegenüber dem Kundenberater wirkungslos, muss der Kunde eskalieren).

Angeichts der Nichtigkeit kann die Kontoinhaberin Stornierung bzw. Berichtigung der unautorisiert getätigten und verbuchten Geschäfte verlangen.<sup>93</sup> Da sie mithin korrekte Erfüllung und nicht Schadenersatz verlangt, spielt ihr eigenes mögliches (Mit-)Verschulden keine Rolle und darf nicht zu einer Art Reduktion der Leistungspflicht der Bank i.S.v. Art. 43 f. OR herangezogen werden.<sup>94</sup>

### **3. Rechtshandlungen ausserhalb des Geschäftszwecks**

#### **a) Grundsätze**

Nach Art. 718 Abs. 1 OR sind die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt, im Namen der Aktiengesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann.<sup>95</sup> Hierunter sind gemäss der weiten Auslegung durch Lehre und Rechtsprechung nicht bloss Rechtshandlungen zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen. Vielmehr reicht es – selbst für ungewöhnliche Geschäfte – aus, dass sie möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, mithin durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen werden.<sup>96</sup>

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung über den Umfang der Vertretungsmacht bei der Stiftung bemisst sich die Vertretungsmacht des Stiftungsrates nach denselben Regeln wie jene des Verwaltungsrates bzw. der Direktoren einer Aktiengesellschaft.<sup>97</sup>

Eine Rechtswahl ist im Hinblick auf die Vertretungsmacht eines Organs ebenso möglich wie bei der gewillkürten Stellvertretung (Art. 126 IPRG).<sup>98</sup> Fehlt es an einer entsprechenden Abrede zwischen der juristischen Person und dem Dritten, ist Art. 155 Bst. i IPRG sowohl für die gesetzliche bzw. statutarische Vertretungsmacht als auch für die konkrete Vertretungsbefugnis einschlägig: Die externe Vertretung untersteht ebenso dem Gesellschaftsstatut,<sup>99</sup> wie die allfälligen Folgen vollmachtloser Vertretung.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.

<sup>94</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 7b.

<sup>95</sup> Für die Stiftung vgl. BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1.

<sup>96</sup> BGE 116 II 320 E. 3a S. 323 m.w.H.

<sup>97</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3a m.w.H. auf die Lehre.

<sup>98</sup> BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 2 m.w.H.

<sup>99</sup> Zum Kollisionsrecht beim Durchgriff vgl. unten Kap. VI.

Der *Zweck*, zu dem eine Vertretungsmacht ausgestellt wird, steckt gleichsam auch den Radius der Interessen des Vertretenen ab, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Gesellschaft oder um ein anderes Rechtssubjekt handelt. Was diesem Zweck zuwiderläuft, kollidiert auch mit den Interessen des Vertretenen und ist von dessen Vollmacht nicht mehr gedeckt, so dass bei bösgläubigen Dritten wiederum Nichtigkeit die Folge ist.<sup>101</sup>

Müssen daher bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt<sup>102</sup> nur schon ernstliche Zweifel bestehen, dass ein vom Organ oder Stellvertreter getätigtes Geschäft dem von der Kontoinhaberin verfolgten Geschäftszweck zuwiderlaufen könnte und kann dieser Zweifel auf andere Weise nicht ausgeräumt werden, so hat die Bank die Ausführung des Geschäfts zu verweigern und, wenn es die Verhinderung eines (weiteren) Schadens erfordert, den wirtschaftlich Berechtigten zu kontaktieren. Das gilt jedenfalls dann, wenn die qualifizierte Interessenkollision einen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bewirkt.<sup>103</sup>

Für die Rechtsfolgen im Fall, dass die Bank ihre Sorgfaltspflichten in Bezug auf die gebührende Aufmerksamkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB verletzt, kann auf die Ausführungen zu den Eigengeschäften verwiesen werden.<sup>104</sup>

## **b) Praxisfälle**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt ausserhalb des Geschäftszwecks jedenfalls (von besonderen Umständen abgesehen) die Veräusserung des gesamten Betriebes mit allen Aktiven der Gesellschaft,<sup>105</sup> ebenso wie die vollständige Verpfändung der Aktiven zugunsten eines Dritten.<sup>106</sup>

Nur schwer nachvollziehbar ist daher ein weiterer Entscheid, der unlängst eine vollständige Verpfändung der Guthaben von über CHF 10 Mio.

---

<sup>100</sup> BGer Urteil 4C.157/2003 vom 2. November 2004 E. 2.2 und 2.4; KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012, N 2802.

<sup>101</sup> BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1; BGer Urteil 4C.15/1996 vom 29. August 1996 E. 3c.

<sup>102</sup> Vgl. schon oben Kap. IV.2.b.

<sup>103</sup> Dazu WHERLOCK/VON DER CRONE, SZW 2015, 542 ff., insb. 549.

<sup>104</sup> Vgl. oben Kap. IV.2.c.

<sup>105</sup> BGE 116 II 320 E. 3a S. 323 m.H.a. das unveröffentlichte Urteil vom 7. April 1989 i.S. C.

<sup>106</sup> Vgl. BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009 Sachverhalt B und E. 4.1.3. Vgl. auch COSTANTINI, ius.focus 2010. ZELLWEGER-GUTKNECHT, recht 2011, 84 f.

für den Kredit einer fremden Drittpartei als nicht vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen beurteilte.<sup>107</sup> Denn auch dort erfolgte die Verpfändung offenbar vollkommen unentgeltlich, mithin nicht zu Marktkonditionen – was für sich genommen bereits die Aufmerksamkeit der Bank i.S.v. Art. 3 Abs. 2 ZGB hätte erhöhen müssen. Dies umso mehr, als Kredite wie gesehen zu den qualifizierten Bankgeschäften zählen und die Bank zudem an der Sicherstellung des durch sie finanzierten Kredites ein evidentes Eigeninteresse hatte, das sie nicht ohne weiteres über das Interesse der Sicherungsgeberin stellen durfte. Auch hatte auf Seiten der Bank die damalige Kundenberaterin trotz Kollektivunterschrift den Pfandvertrag alleine unterzeichnet und durch diese Irregularität ebenfalls zur Nachfrage Anlass gegeben. Weiter erwähnten Konto-Depotauszüge die Verpfändung scheinbar erstmals drei Jahre nach der Errichtung (und just nach dem Weggang der erwähnten Kundenberaterin). Schliesslich fungierten sowohl bei der Sicherungsgeberin als auch bei der Kreditnehmerin dieselben drei Personen in Panama als Organe. Dennoch scheint die Bank die wirtschaftliche Berechtigung an der Kreditnehmerin wie auch am finanzierten Immobilienprojekt nicht näher abgeklärt zu haben. Hätte sie diese prudentielle Pflicht erfüllt, wäre schon viel früher klar geworden, dass die Kundenberaterin zu 50% am Gewinn des Projektes beteiligt und in der Schweiz offenbar Teilhaberin war an einer Gesellschaft gleichen Namens wie die in Panama ansässige Kreditnehmerin.

Nicht zu überzeugen vermag jedenfalls die Begründung des Handelsgerichts, das Drittpfand sei deshalb nicht geradezu ausgeschlossen gewesen vom Gesellschaftszweck, weil schon bei Eröffnung der Bankbeziehung zugunsten der Bank eine ebensolche Verpfändung stattgefunden habe: Wenn eine Bank sich absichert für mögliche künftige Ausstände aus Leistungen, die sie auf Rechnung und im Interesse der Kontoinhaberin erbringt, ist das nicht vergleichbar mit der unentgeltlichen Verpfändung zugunsten eines fremden Dritten, der seinerseits den so gesicherten Kredit ausschliesslich für eigene oder Drittinteressen einsetzt.

---

<sup>107</sup> HGer ZH Urteil HG120067 vom 24. März 2015 E. 3.5.3.4 – ohne jeden Hinweis auf das vorgenannte – italienische – BGer Urteil 4A\_228/2008 vom 27. März 2009. Aus den Erwägungen des Handelsgerichts wie des Bundesgerichts (BGer Urteil 4A\_272/2015 vom 10. Mai 2016) ist immerhin zu schliessen, dass die Klägerinnen ihre Behauptungs- und Substanziierungslast in entscheidenden Punkten nicht wahrgenommen haben.

## V. Schutznorm

Wie eingangs dargelegt kann sich eine ausserordentliche Situation auch daraus ergeben, dass subjektive Rechte des wirtschaftlich Berechtigten entweder absolut oder immerhin relativ durch spezifische Verhaltensvorschriften geschützt werden. Solche Vorschriften finden sich, wie sogleich zu zeigen sein wird, etwa im Erbrecht: Es schützt nicht nur Erben formell berechtigter Erblasser, sondern auch Erben von lediglich wirtschaftlich berechtigten Erblassern, die folglich *aus eigenem Recht* ihre Ansprüche einfordern und im Verletzungsfall Ersatz verlangen können. Theoretisch denkbar sind zudem weitere Fälle, in denen wirtschaftlich Berechtigten (oder deren Erben) Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 oder 2 OR erwachsen. Beide Fallgruppen werden nachfolgend erläutert.

### 1. Erbrecht

#### a) Grundsatz

Lange fehlten Bundesgerichtsentscheide zur umstrittenen Frage, inwieweit den Erben ein Auskunftsanspruch zusteht, wenn er sich gegen Dritte richtet, zu denen der Erblasser in keiner vertraglichen Beziehung stand und Vermögenswerte betrifft, an denen der Erblasser nur wirtschaftlich berechtigt war.<sup>108</sup> Gerade die fehlende vertragliche Beziehung führt nämlich dazu, dass Dritte prinzipiell nicht verpflichtet sind, Auskunft zu geben über Vermögenswerte, die dem nachmaligen Erblasser nur wirtschaftlich zuzurechnen waren. Banken können einem entsprechenden Begehren zudem das Bankgeheimnis entgegenhalten (Art. 47 BankG).<sup>109</sup>

Es mag daher zunächst intuitiven Widerstand und dogmatische Bedenken auslösen, wenn Erben ein umfassenderes Informationsrecht beanspruchen, als es der Erblasser selbst hätte einfordern können. Zumal die Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB *expressis verbis* nur Erben untereinander, nicht aber Dritte zur Auskunft verpflichten.

---

<sup>108</sup> Vgl. etwa zum (damaligen) Meinungsstand KÜNZLE, *successio* 2012, 261 f. und 265 und Fn. 115 sowie die in BGer Urteil 5A\_638/2009 vom 13. September 2010 E. 4.1 *obiter* Genannten.

<sup>109</sup> BGE 136 III 461 E. 4 S. 463 m.w.H. = Pra 100 (2011) Nr. 27, S. 186 ff.; BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 3c/aa = Pra 92 (2003) Nr. 51, S. 244 ff. Vgl. zu den Pflichten aus Hinterlegung BGE 100 II 200 E. 9 S. 214 f.

Dennoch nutzte das Bundesgericht 2006 die Gelegenheit, und brachte die Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB analog auch zur Anwendung auf die Auskunftsklage, die ein Willensvollstrecker zusammen mit einer Erbschaftsklage gegen zwei Anstalten in Liechtenstein erhoben hatte.<sup>110</sup> Der Erblasser hatte lebzeitig (bestimmte und unbestimmte) Gegenstände und Forderungen auf Anstalten übertragen. An einer der Anstalten hatte er zumindest ursprünglich Gründerrechte innegehabt, für die andere war er jedenfalls Vollmachtträger gewesen. Strittig war, ob er mit den Anstalten eine wirtschaftliche Identität gebildet hatte und an Vermögenswerten in ihrem Verfügungsbereich auch wirtschaftlich berechtigt gewesen war und ob die Anstalten die Werte allenfalls gestützt auf einen Sondertitel erworben hatten, der einer Herausgabe an die Erben entgegenstünde. Zwecks Klärung dieser Fragen verpflichtete das Bundesgericht zwei Nichterben (die besagten Anstalten) zur Auskunft. Damit wollte es «eine vom Gesetzgeber nicht bedachte Einschränkung der Informationsrechte auf die Miterben [...] durchbrechen».<sup>111</sup> Da dem Willensvollstrecker der genannte Auskunftsanspruch gleichermassen zusteht wie den Erben,<sup>112</sup> war so der Weg für entsprechende Klagen der Erben gegen Dritte bereitet.

Seither hat das Bundesgericht verschiedentlich in *obiter dicta* an den eingeschlagenen Weg erinnert: Einmal etwa als offen blieb, ob überhaupt hiesiges Erbrecht anwendbar wäre. Dort blieb es beim vagen Hinweis in den Regesten, dass sich ein Auskunftsrecht der Erben eines wirtschaftlich Berechtigten nur aus Erbrecht ergeben *könne*.<sup>113</sup> Kurz darauf folgte ein Fall, in dem französisches Erbstatut galt. Mit Verweis auf den vorerwähnten Entscheid hielt das Bundesgericht schon deutlicher fest, der Anspruch *gehe* aus dem Erbrecht hervor und verwies dann auf Autoren, die diese Auffassung (insofern einschränkend) für pflichtteilsberechtigte Erben teilen.<sup>114</sup> Mit Blick auf die Aufnahme eines Inventars nach Art. 553 ZGB verneinte es eine Auskunftspflicht Dritter zu Vermögensgegenständen, an denen der Erblasser nur wirtschaftlich berechtigt gewesen war: Über Bestand und Umfang solcher Pflicht sei nicht in einem Akt der freiwilligen Gerichts-

---

<sup>110</sup> BGE 132 III 677 E. 3.5.1, 3.5.2 und 3.5.4 S. 682 und 684.

<sup>111</sup> Zit. BGE 132 III 677 E. 4.2.4 S. 687.

<sup>112</sup> BGE 132 III 677 E. 4.2.1. S. 685 m.H.a. BGE 90 II 365 E. 3b S. 373.

<sup>113</sup> BGE 136 III 461 = Pra 100 (2011) Nr. 27.

<sup>114</sup> BGer Urteil 5A\_638/2009 vom 13. September 2010 E. 4.1 m.w.H.



barkeit zu befinden, zumal Auskünfte von Dritten schon aus Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB erhältlich seien.<sup>115</sup>

## b) Ratio

Begründet wird dieser Anspruch zunächst unter Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>116</sup> und, mit Blick auf die Herabsetzung, mit der Gleichbehandlung von Miterben und Nichterben.<sup>117</sup> Entscheidend ist indessen der Umstand, dass *Erbgenossen einen qualifizierten Informationsbedarf aufweisen*.<sup>118</sup> Denn mit Eröffnung des Erbgangs fallen ihnen zwar Nachlasswerte *ex lege* an. Gleichzeitig «liegt es in der Natur der Sache, dass es im Zusammenhang mit dem Erbgang zu Wissensdefiziten und zum Verlust von Belegen über die [Nachlasswerte] kommen kann.»<sup>119</sup> Doch soweit Erben davon keine Kenntnis haben, erlauben es ihnen erst die betreffenden Informationen (die regelmässig vor und hinter den Todestag des Erblassers zurück- bzw. hinausreichen) ihre gesetzlich zugedachten Rechte wahrzunehmen.<sup>120</sup>

Zu diesen zählen namentlich das Recht auf Teilung und die damit verbundenen Möglichkeiten; etwa Herabsetzung, Ausgleichung, Ausschlagung, Sicherungsmassregeln und die Erhebung einer erbrechtlichen Ungültigkeitsklage.<sup>121</sup> Gerade letztere Klage steht *nicht nur Pflichtteilserben* zu, so dass hier und in vergleichbaren Fällen m.E. auch weiteren (potentiell) nachlassbegünstigten Personen Information zu gewähren ist. Schliesslich bleibt der Informationsbedarf selbst erhalten, falls solche Rechtsbehelfe verjährt sind, soweit ein Anspruch immerhin einredeweise<sup>122</sup> noch vorgebracht werden kann. Nur wenn erbrechtliche Ansprüche verwirken – etwa im Falle des virtuellen Erben,<sup>123</sup> der nicht rechtzeitig auf Herabsetzung klagt<sup>124</sup> – erlöschen in der Regel<sup>125</sup> auch die Informationsansprüche.

---

<sup>115</sup> BGer Urteil 5A\_434/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.3.2.2 m.H.a. gleichlautende und ablehnende Stimmen in der Lehre.

<sup>116</sup> BGer Urteil 5A\_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre.

<sup>117</sup> BGE 132 III 677 E. 4.2.4 S. 687 m.w.H.

<sup>118</sup> BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 m.w.H.

<sup>119</sup> Zit. BGE 133 III 664 E. 2.6 S. 668.

<sup>120</sup> BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 m.H.a. DRUEY, *successio* 2011, 183 ff., insb. 186.

<sup>121</sup> BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2.

<sup>122</sup> Vgl. BGer Urteil 5A\_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.5.2.

<sup>123</sup> Vgl. nur JAKOB/DARDEL, AJP 2014, 462 ff.

### c) Jüngste Präzisierungen

Inzwischen ist zudem klargestellt, dass die Auskunftspflicht nicht erst bei der Erbteilung greift, sondern bereits ab dem Tod des Erblassers, der den Erbgang eröffnet (Art. 537 Abs. 1 ZGB).<sup>126</sup> Weiter sind Dritte nicht nur auskunftspflichtig, soweit sich allfällige Nachlasswerte in ihrem Verfügungsbereich befinden,<sup>127</sup> sondern auch, wenn sie möglicherweise über blossе Informationen verfügen, welche die Erbteilung zu beeinflussen vermögen.<sup>128</sup>

Auch muss der Ansprecher keinen strikten Beweis führen. Vielmehr genügt es, wenn er plausible Anhaltspunkte dafür vorlegt, dass die auskunftspflichtige Tatsache möglicherweise geeignet ist, die Teilung zu beeinflussen.<sup>129</sup> So reicht es etwa aus, dass Zuwendungen des Erblassers an Gesellschaften «möglicherweise aufgrund eines Durchgriffs ... ausgleichungspflichtig oder herabsetzbar sind.»<sup>130</sup> Ob eine juristische Person tatsächlich vom Erblasser abhängig war und ihre rechtliche Selbstständigkeit den für Erben aufgestellten Schutznormen zuwiderlief, muss in diesem Stadium noch nicht erstellt werden. Somit kann ein Dritter sich der Informationspflicht nicht entziehen, indem er die teilungsrechtliche Relevanz einfach bestreitet. Vielmehr ist diese Frage erst gestützt auf die erteilten Auskünfte durch das Gericht zu klären. Denn mit Rücksicht auf die vorgenannte

---

<sup>124</sup> Vgl. BGE 138 III 354 E. 5 S. 357 f. = Pra 101 (2012) Nr. 130. Die relative Frist beträgt ein Jahr ab Kenntnis der Verletzung (Art. 533 ZGB). Für die vollständig übergangenen Pflichtteilsrben beginnt die Verwirkungsfrist mit der Mitteilung der letztwilligen Verfügung zu laufen: BGE a.a.O. E. 5.2.

<sup>125</sup> Vorbehalten blieben insb. Fälle einer möglichen Ungültigkeitsklage.

<sup>126</sup> Vgl. etwa BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 i.f.

<sup>127</sup> BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2: «notamment, les parties «inofficielles» du patrimoine successoral, telles les valeurs non déclarées et des comptes bancaires cachés».

<sup>128</sup> BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2 «Quant à son contenu, le droit à l'information ... s'étend ... aux informations ... relatives à des faits susceptibles d'influencer le partage ...». Vgl. auch BGer Urteil 6B\_696/2012 und 6B\_700/2012 vom 8. März 2013 E. 7.4.2.

<sup>129</sup> BGer Urteil 5A\_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.3 m.w.H. Strenger hingegen noch BGer Urteil 5A\_695/2013 vom 15. Juli 2014 E. 6.2.4 und 6.2.5, der freilich unter französischem Erbstatut erging: Zwar lagen einzelne Anhaltspunkte vor für eine zumindest wirtschaftliche Berechtigung der Erblasser. Indes gelang es der Erbin nicht, «hinreichende Indizien» (E. 2.2), bzw. «Anhaltspunkte [die] insgesamt ein nachvollziehbares, in sich geschlossenes Bild bieten» beizubringen, so dass die Geheimhaltungsinteressen der Dritten überwogen.

<sup>130</sup> Zit. BGer Urteil 5A\_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.4.

Informationsnot im Erbrecht gilt die Unbeachtlichkeit der Einwände gegen die Rechtsverfolgung im Stadium der Auskunftserteilung.<sup>131</sup>

Jüngst nun klärte das Bundesgericht (u.a. in einem Leitentscheid) auch das Verhältnis der erbrechtlichen Auskunftsrechte im Verhältnis zum Bankgeheimnis: In zwei Fällen von Rechtshilfeersuchen über die Beweisaufnahme im Ausland nach HBewUe 70<sup>132</sup> ging es je um die Frage, ob eine Bank verpflichtet sei, über die wirtschaftliche Berechtigung an einem Konto und die darüber getätigte Transaktionen Auskunft zu geben.<sup>133</sup> In beiden Fällen war der formelle Kontoinhaber nicht Partei des Hauptprozesses im Ausland. Nach Art. 11a lit. a HBewUe70 kann sich die Bank einem solchen Ersuchen widersetzen, wenn ihr nach dem Recht des ersuchten Staates ein Recht zur Aussageverweigerung zusteht oder ein Aussageverbot<sup>134</sup> existiert. Indes beriefen sich die Banken in beiden Fällen vergeblich auf das hiesige Bankgeheimnis. Daraufhin führten die betroffenen Kontoinhaber (und in einem Fall auch die wirtschaftlich Berechtigte) als Geheimnisherren u.a. Beschwerde wegen Verletzung von Art. 11a lit. a HBewUe70 i.V.m. Art. 166 Abs. 2 ZPO und Art. 47 BankG – in beiden Fällen in diesem Punkt<sup>135</sup> ohne Erfolg.

Denn der Vorbehalt in Art. 47 Abs. 5 BankG begrenzt das berufliche (Bank-)geheimnis dahingehend, dass Bankiers ihre Mitwirkung gemäss Art. 166 Abs. 2 ZPO nur verweigern können, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.<sup>136</sup> Das gilt, so das Bundesgericht, aufgrund der Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB auch für Streitigkeiten zwischen den Erben.<sup>137</sup> Näheres zur

<sup>131</sup> BGer Urteil 5A\_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.3 m.w.H. Vgl. zudem schon BGE 127 III 396 E. 3 S. 402; BGer Urteil 5C.291/2006 vom 30. Mai 2007 E. 4.1.

<sup>132</sup> Haager Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen. SR 0.274.132.

<sup>133</sup> BGer Urteil 5A\_284/2013 vom 20. August 2013 = SJ 2014 I 13 (erbrechtliche Streitigkeit im Hauptverfahren); BGE 142 III 116 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. (Handelskauf im Hauptverfahren).

<sup>134</sup> Verweigerungsrechte aufgrund des Zivilprozessrechts (Art. 166 ZPO) und des materiellen Rechts: BGer Urteil 4A\_284/2013 vom 20. August 2013 E. 4.1; BGE 142 III 116 E. 3.1.1 S. 120 f. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

<sup>135</sup> In BGE 142 III 116 E. 3.4 und 3.5 S. 125 ff. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. scheiterte das Rechtshilfeersuchen am Umstand, dass der formelle Kontoinhaber weder im ausländischen noch im hiesigen Vollstreckungsverfahren angehört worden war, mithin an der Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO).

<sup>136</sup> BGE 142 III 116 E. 3.1.2 S. 121 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

<sup>137</sup> BGer Urteil 5A\_284/2013 vom 20. August 2013 = SJ 2014 I 13 E. 4.2. oder auch BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 121 f. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff.

Mitwirkungspflicht der Bank wird noch im Hinblick auf den Durchgriff dargestellt werden.<sup>138</sup>

Gegebenenfalls ist es Sache des Gerichts, das Ausmass der Auskünfte zu bestimmen, welche die Bank im konkreten Fall erteilen muss, und die erforderlichen *Vorkehrungen* zu treffen, um allfällige Geschäftsgeheimnisse zu wahren (Art. 156 ZPO).<sup>139</sup> Zudem können jedwelche Vermögenswerte des Nachlasses, die formell auf den Namen des Erblassers lauteten, oder deren wirtschaftlich Berechtigter er im Zeitpunkt des Todes war, Gegenstand von *sichernden Massnahmen* sein.<sup>140</sup> Immer aber ist dem formellen Inhaber des Kontos, sofern er nicht Partei im Hauptprozess ist, vorab rechtliches *Gehör* zu gewähren.

#### d) Revisionsprojekt

Am 4. März 2016 schickte der Bundesrat den Vorentwurf für eine «Modernisierung» des Erbrechts in die Vernehmlassung.<sup>141</sup> Geplant ist neben einer Vielzahl von Änderungen auch, dem 16. Titel «Die Wirkung des Erbganges» einen neuen, sechsten Abschnitt «Informationsrecht» mit einem neuen Art. 601a ZGB anzufügen.<sup>142</sup> Nach dem erläuternden Bericht sollen damit die Informationsrechte der Erben gestärkt werden. Indes monierten eine Reihe von Stellungnahmen – zu Recht – die teils erhebliche Mängel des geplanten Artikels. So sollen Dritte, die nur über Informationen verfügen, ohne je Vermögenswerte des Erblassers in ihrer Verfügungsmacht gehalten zu

---

<sup>138</sup> Vgl. unten Kap. VI.3.d.

<sup>139</sup> BGE 142 III 116 E. 3.1.3 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.H.a BGer Urteil 5A\_284/2013 vom 20. August 2013 E. 4.2. Vgl. schon BGer Urteil 5P.423/2006 vom 12. Februar 2007 E. 5.3.2 m.w.H.

<sup>140</sup> BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. E. 3.1.3 (*mesures conservatoires*) m.H.a. BGer Urteil 5A\_416/2009 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1.2 und betreffend aArt. 598 Abs. 2 ZGB m.H.a. BGer Urteil 5C\_194/1996 vom 05. Dezember 1996 E. 4 = Rep. 1996 S. 5, 7 ff.

<sup>141</sup> Vgl. zum Stand der Dinge: abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>> zuletzt besucht am 14. Juli 2017.

<sup>142</sup> VE-Art. 601a ZGB: <sup>1</sup> Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt, von Rechtsnachfolgern und Dritten, die Vermögenswerte des Erblassers verwaltet, besessen oder erhalten haben, Informationen zu erhalten, die er benötigt, um den Umfang seiner Ansprüche festzustellen. <sup>2</sup> Dieses Informationsrecht besteht, solange der Anspruch besteht. <sup>3</sup> Pflichtteilsberechtigten Erben kann das Informationsrecht nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden; das Berufsgeheimnis kann Informationsberechtigten nicht entgegengehalten werden.

haben, von der Auskunftspflicht ausgenommen werden, was als erheblicher Rückschritt zur heutigen Praxis zu werten wäre. Angesichts der Unwägbarkeiten solcher (grossen) Revisionsprojekte bleibt zu hoffen, dass damit nicht gefährdet wird, was bloss gefestigt werden wollte.

## 5.2 Eheschutz

Vergleichbar den Erben haben auch Ehegatten gemäss Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB das Recht, vom Partner Auskünfte zu über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden zu erhalten. Die erforderlichen Auskünfte und notwendigen Unterlagen können durch das Gericht bei Bedarf sogar zwangsweise erhältlich gemacht werden. Sie sind zudem nicht auf das rechtliche Vermögen des Partners beschränkt. Vielmehr erfasst das Auskunftsrecht alle Vermögenswerte, über welche ein Ehegatte tatsächlich, aber nicht notwendigerweise rechtlich, das heisst wirtschaftlich verfügt.<sup>143</sup>

So kommt es ausdrücklich «nicht darauf an, ob der wirtschaftlich berechnete Gatte Partei des vertraglichen Verhältnisses mit der Bank ist, weil das Recht auf Auskünfte und Urkunden auf Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB beruht; es ist ebenfalls ohne Bedeutung, dass der wirtschaftlich berechnete Ehegatte aufgrund des der Bank erteilten Sonderauftrags von dieser selber keine Auskünfte erhalten kann, weil es genügt, dass es sich um Vermögen handelt, über das er tatsächlich verfügt. Es obliegt dem ersuchenden ... Gericht, den Umfang der Auskünfte zu bestimmen, welche die Bank im Einzelfall erteilen muss, und gegebenenfalls nach Erhalt die notwendigen Massnahmen zur Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse zu treffen».<sup>144</sup>

Entsprechend gestattet es die gemäss der Rechtsprechung das schweizerische Recht der Bank nicht, dem Ehegatten, dessen Partner der Kunde ist, das Bankgeheimnis entgegenzuhalten (vgl. Art. 170 Abs. 3 ZGB).<sup>145</sup> Für ihre Mitwirkungspflichten sei wiederum auf die Ausführungen zum Durchgriff verwiesen.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> «[P]uisqu'il suffit qu'il s'agisse de biens dont il dispose en fait»: BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.H.a. die entsprechenden Urteile.

<sup>144</sup> Zit. BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.H.a. Vgl. schon BGer Urteil 5P.423/2006 vom 12. Februar 2007 E. 5.1 und 5.3.2 = FamPra.ch 2007 S. 654 ff.; 5A\_416/2009 vom 23. Oktober 2009 E. 4.1.2.

<sup>145</sup> BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

<sup>146</sup> Vgl. unten Kap. VI. 3.d.

### 5.3 Haftpflichtrecht

Generell dürfte ein Dritter dem wirtschaftlich Berechtigten nur in seltenen Ausnahmefällen aus unerlaubter Handlung schadenersatzpflichtig werden.<sup>147</sup> Nach der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie trifft dies zum einen zu auf Fälle, in denen der Dritte ein Erfolgsunrecht begeht, mithin den Berechtigten in einer absolut geschützten Rechtsposition verletzt. Zum andern kann die Haftung auch in einem Verhaltensunrecht gründen.

#### a) Erfolgsunrecht

Die erste Situation könnte etwa eintreten, wenn ein Anwalt oder eine Bank einem nachmaligen Erblasser Rat erteilt, bei dessen Befolgung die Erben um ihren Pflichtteil gebracht, mithin zu sog. virtuellen Erben werden.<sup>148</sup> Das führt für sie zum Verlust eines absolut geschützten Rechtsgutes, vergleichbar dem Eigentümer, der unerlaubt ausser Besitz gesetzt wird: Er hat zwar weiterhin die Vindikationsklage (und die Erben innert Frist namentlich einen Herabsetzungsanspruch). Soweit aber der ordnungsgemässe Zustand mittels dieser Klagen ohne eigenes Verschulden nicht wiederhergestellt werden kann, kommt eine Haftung aus Art. 41 OR in Betracht.

Allerdings dürfte die Ausführung des erteilten Rates nicht selten in den Händen des Erblassers selbst liegen und der Dritte folglich nur als Teilnehmer in der Rolle eines Anstifters oder Gehilfen handeln. In diesem Fall wird der Dritte aus Art. 41 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 OR ersatzpflichtig,<sup>149</sup> sofern er absichtlich oder fahrlässig gehandelt hat, was zu unterstellen ist, sobald ein fachlich versierten Berater hinreichend konkreten und vorbehaltlosen Rat erteilt.<sup>150</sup> Denn dadurch verletzt er zwar nicht selbst das absolut geschützte Rechtsgut, hat aber den Urheber dazu befähigt oder angestiftet, so dass der beratende Teilnehmer solidarisch mit dem Urheber gegenüber dem Geschädigten haftet.

---

<sup>147</sup> Vgl. die Andeutung in BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 E. 2.c.aa = Pra 92 (2003) Nr. 51, S. 249.

<sup>148</sup> Vgl. zum virtuellen Erben oben bei Fn. 123.

<sup>149</sup> BREHM, Berner Kommentar, Art. 50 OR N 24 ff.

<sup>150</sup> Zum Fall, dass der Rat zur Verletzung eines relativen Rechts führt: Müller, Beeinträchtigung fremder Forderungen, passim.

## b) Verhaltensunrecht

Theoretisch ist eine Haftung des Dritten gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten auch denkbar, wenn der Dritte ein Verhaltensunrecht begeht. In praktischer Hinsicht dürfte dies höchstens zutreffen, wenn der Dritte *fahrlässig oder absichtlich gegen eine zum Zwecke des individuellen Vermögensschutzes aufgestellte Verhaltensnorm* verstösst (etwa die oben beschriebenen erbrechtlichen Auskunftspflichten gemäss Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB oder Art. 170 ZGB i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR).

Zu beachten ist hier, dass namentlich Art. 398 Abs. 2 OR keine Schutznorm für vertragsfremde Parteien darstellt, so dass jedenfalls der wirtschaftlich Berechtigte nicht gegen den Beauftragten der formell Berechtigten vorgehen kann, wenn er Auftragsrecht verletzt. Denn die auftragsrechtlichen Sorgfalts-, Treue- und Aufklärungspflichten sind rein vertraglicher Natur und bezwecken nicht den Schutz des Vermögens vertragsfremder Dritter.<sup>151</sup>

Zumindest theoretisch möglich wäre hingegen eine *absichtliche Teilnahme an einer Vermögensstraftat* der formell Berechtigten (insb. als Gehilfe bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 25 i.V.m. 158 StGB und Art. 41 Abs. 1 OR). Schliesslich käme allenfalls eine Haftung aus Art. 41 Abs. 2 OR in Frage, wenn der Dritte mit verwerflicher Absicht die formell Berechtigte zur Verletzung einer individuellen Vermögensschutznorm anstiften würde.

Abgesehen von den Fällen einer fahrlässigen oder absichtlichen Verletzung von Erben- oder Ehegatten-Schutznormen dürfte die Haftung indessen zumeist am Nachweis der Absicht scheitern. So etwa, wenn eine delinquierende formell-berechtigte Person mögliche Zweifel des Dritten an der Rechtmässigkeit ihrer Handlungen mit plausiblen Erklärungen zerstreut<sup>152</sup> oder wenn der wirtschaftlich Berechtigte selbst der formell Berechtigten eine höchst unbestimmte bzw. weit gefasste Vollmacht oder gar eine Blankovollmacht erteilt, so dass der Dritte nicht abschätzen kann, ob einzelne Handlungen davon noch gedeckt sind.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> BGer Urteil 4A\_468/2009 vom 30. November 2009 E. 2.

<sup>152</sup> BGer Urteil 4C.397/2006 vom 5. Juni 2007 E. 3 (Dispositionen zu Lasten des wB als Investitionen für ihn in den Teppichhandel bezeichnet).

<sup>153</sup> BGer Urteil 4C.108/2002 vom 23. Juli 2002 = Pra 92 (2003) Nr. 51, S. 249.

## VI. Rechtsmissbrauch

Schliesslich wird mitunter die Dualität der Rechtssphären des wirtschaftlich Berechtigten und der formell Berechtigten nur vorgeschoben, um Dritte missbräuchlich an der Durchsetzung der ihnen zustehenden Rechte zu hindern.<sup>154</sup> Hier kann sich ein Durchgriff rechtfertigen, wenn ein Beharren auf der juristischen Selbständigkeit gegen Treu und Glauben verstossen würde (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Auch in transnationalen Verhältnissen behandelte früher ein Teil der Lehre mit der älteren Rechtsprechung den Durchgriff als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots, das im Sinne einer *loi d'application immédiate* stets gelten sollte (positiver *Ordre public*, Art. 18 IPRG).<sup>155</sup> Inzwischen aber wird international-privatrechtlich der Durchgriff als gesellschaftsrechtliches Problem qualifiziert und folglich dem Gesellschaftsstatut unterstellt.<sup>156</sup> Nur wenn die an sich berufene ausländische Rechtsordnung keine adäquate Durchgriffshaftung kennt und zu einem mit unserem *Ordre public* unvereinbaren Ergebnis führt, bleibt ein Ausschluss des ausländischen Rechts bzw. ein Durchgriff subsidiär nach hiesigem Recht statthaft (Art. 17 IPRG, negativer *Ordre public*).<sup>157</sup>

Ein solcher Durchgriff erfolgt stets zu Lasten der missbräuchlich handelnden Beteiligten bzw. ist ein Durchgriff zu ihren Gunsten nach herrschender Auffassung nicht zulässig.<sup>158</sup> Die praktisch wichtigsten Anwendungsfälle ergeben sich bis heute<sup>159</sup> im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Als deren erstes Einfallstor erweist sich regelmässig der Arrest, so dass Streit um einen (umgekehrten) Durchgriff oft schon in diesem Stadium entbrennt.

---

<sup>154</sup> Beispielhaft etwa die von BRUNNER, Aspekte des internationalen Konzernrechts, passim, geschilderten Vorgänge rund um W. K. R. und seine Omni Holding AG.

<sup>155</sup> Vgl. noch BGE 128 III 201 E. 1.c S. 206 f. m.w.H. und kantonal ZR 1999 Nr. 52, Urteil A, E. 5, S. 238 f.

<sup>156</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 349 f. m.w.H. und einlässlicher Begründung.

<sup>157</sup> BGE 128 III 346 E. 3.1.4 S. 350 m.H.a. BGer Urteil 4C.392/1994 vom 8. September 1995.

<sup>158</sup> BGE 121 III 319 E. 5 S. 321 f.; 92 II 160 S. 164 ff.; 97 II 289 E. 3 S. 293.

<sup>159</sup> Vgl. aber eingangs Kap. I.2.



## 1. Grundsatz

Grundsätzlich kann der Arrest nur Vermögen erfassen, das nach den glaubhaften Angaben des Gläubigers rechtlich dem Schuldner gehört.<sup>160</sup> Ein Arrest von Vermögenswerten, die vom Gläubiger als Eigentum eines Dritten bezeichnet werden, ist daher nichtig.<sup>161</sup> Wenn er freilich Werte arrestieren lässt, die auf den Namen eines Dritten hinterlegt sind oder als Guthaben auf einen Dritten lauten, geht seine Meinung in der Regel sinngemäss dahin, dass diese Werte in Wirklichkeit dem Schuldner zustehen.<sup>162</sup> Von den daraus möglicherweise folgenden kontradiktorischen Verfahren wird später noch die Rede sein.<sup>163</sup>

Grundsätzlich kann sich der Gläubiger aber nicht mit der Behauptung begnügen, der Dritte sei Fiduziar des Schuldners. Zwar bildet in diesem Fall der obligatorische Herausgabeanspruch des Schuldners gegenüber dem Fiduziar Gegenstand des Arrests.<sup>164</sup> Darüber hinaus ist indes eine Beschlagnahme der Vermögenswerte, an denen dem Fiduziar ein Recht zusteht, im Regelfall nicht zulässig: Was nach den Regeln des Zivilrechts einer vom betriebenen Schuldner verschiedenen Person gehört, ist deshalb als Drittmannsgut zu betrachten, das weder gepfändet noch mit Arrest belegt werden darf.<sup>165</sup>

## 2. Ausnahme

Prinzipiell ist mithin das Vermögen einer vom wirtschaftlich Berechtigten beherrschten Drittperson (etwa eine Gesellschaft) den Gläubigern dieser Person als Haftungsgegenstand verfangen und nicht den Gläubigern des wirtschaftlich Berechtigten.<sup>166</sup> Ein Durchgriff ist folglich nur zulässig, wenn

---

<sup>160</sup> BGer Urteil 5A\_629/2011 vom 26. April 2012 E. 5.1; OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2.

<sup>161</sup> BGer Urteil 5A\_629/2011 vom 26. April 2012 E. 5.1; BGE 105 III 107 E. 3 S. 112; 104 III 55 E. 3 S. 59; 93 III 92; 82 III 70.

<sup>162</sup> BGE 106 III 86 E. 1 S. 88 m.w.H.

<sup>163</sup> Vgl. unten Kap. VI.3.c.

<sup>164</sup> BGE 106 III 86 E. 1 S. 88 m.w.H.; OGer ZH Urteil PS160002 vom 25. Januar 2016 E. 2.4.

<sup>165</sup> BGE 106 III 86 E. 1 S. 89; 105 III 107 E. 3 S. 112.

<sup>166</sup> Restriktiver als heute noch BGE 85 II 111 E. 3 S. 116: Dort reichte es nicht aus, dass der Berechtigte «nach Belieben für seine privaten Geschäfte verfügt, als ob diese Gesellschaft und er selber eine wirtschaftliche Einheit bildeten» und Mittel der Gesellschaft zur Tilgung privater Ausstände verwendete. Da diese Übergriffe nur vereinzelt dargelegt waren erwuchs aus ihnen gerade nicht eine Pflicht der Gesellschaft, mit ihrem

es dem Arrestgläubiger gelingt, glaubhaft zu machen, dass die Vermögenswerte entgegen dem äusseren Anschein nicht dem Dritten, sondern dem Arrestschuldner gehören, mithin die Vermögenswerte nur formell auf den Namen eines Dritten lauten, dem sie entweder in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise übertragen wurden, um sie dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen<sup>167</sup> oder der sie lediglich als Strohmännchen für den Schuldner hält.<sup>168</sup>

#### a) Strohmännchensituation

Der Fall der *Strohperson* braucht zunächst nicht einer verwerflichen Verschleierungsabsicht zu entspringen:<sup>169</sup> Die Parteien machen von ihrer Privatautonomie Gebrauch, um mit rechtlichen Mitteln zu einem wirtschaftlich gewünschten Ergebnis zu gelangen. Umgehen sie dabei Ordnungs- oder Schutznormen, ist angesichts der umgangenen Norm im Einzelfall zu entscheiden, ob die Umgehung wirksam ist oder nicht.<sup>170</sup>

Zu verneinen ist die Wirksamkeit der formal-juristischen Trennung der Vermögensmassen von Strohperson und wirtschaftlich Berechtigtem erst, wenn damit schutzwürdige Interessen Dritter objektiv gesehen verletzt werden. Ein Beharren auf der Trennung würde dann nämlich doch wieder auf einen Rechtsmissbrauch hinauslaufen. Stehen konkret die Interessen eines Gläubigers im Arrest in Frage, sind letztlich auch hier die nachstehend beschriebenen Indizien heranzuziehen um festzustellen, ob die Strohmännchensituation dem Gläubigerschutz gemäss SchKG zuwiderläuft oder nicht.

#### b) Missbrauch

Auf eine missbräuchliche Vermeidung der Zwangsvollstreckung wurde etwa geschlossen aus den kumulativ gegebenen Indizien, dass eine formell berechnigte Gesellschaft ihren Sitz in einem klassischen Offshore-Staat hat, keinerlei eigenständige Aktivität entfaltet und dem Schuldner nur als blosses Marketing-Hülle dient.<sup>171</sup>

---

Vermögen noch weitere persönliche Schulden ihres einzigen Aktionärs und Verwalters zu decken.

<sup>167</sup> BGE 102 III 165 E. II.2.a S. 172; OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2 m.w.H.

<sup>168</sup> BGer Urteil 5A\_629/2011 vom 26. April 2012 E. 5.1; OGer ZH Urteil PS160101 20. Oktober 2016 E. 2.2 m.w.H.

<sup>169</sup> Vgl. etwa BUCHER, Obligationenrecht, 597 Fn. 6.

<sup>170</sup> Vgl. BENECKE, Gesetzesumgehung, 160 f.

<sup>171</sup> So in BGer Urteil 5A\_873/2010 3. Mai 2011 E. 4.2.4.

Desgleichen wenn der wirtschaftlich berechtigte Alleinaktionär einziger Gläubiger seiner Gesellschaft ist oder mit ihr Rechtsgeschäfte zu nicht marktüblichen Konditionen abschliesst, etwa eine fünfzigjährige Gratismiete vereinbart oder Bauarbeiten in Millionenhöhe unentgeltlich vornimmt;<sup>172</sup> mithin wenn der wirtschaftlich Berechtigte Rechtsgeschäfte mit der von ihm beherrschten Gesellschaft schliesst, die zu deren Nachteil und zu seinen eigenen Gunsten ausgestaltet sind.<sup>173</sup>

Zuweilen reicht es sogar, wenn das gesamte oder praktisch gesamte Vermögen einer Gesellschaft direkt oder über Intermediäre einer einzigen natürlichen oder juristischen Person gehört und die Dualität ausserhalb der Zwangsvollstreckung keinerlei Rolle spielt.<sup>174</sup>

Gewichtiges Indiz ist auch der Umstand, dass die formell berechtigte Gesellschaft über keinerlei eigene Autonomie verfügt bzw. der wirtschaftlich Berechtigte seine Kontrolle umfassend oder als Mehrheitsaktionär praktisch umfassend<sup>175</sup> und nach Gutdünken ausübt.<sup>176</sup>

Grundsätzlich muss die beherrschende Person prinzipiell jederzeit (und nicht nur punktuell) über die Vermögenswerte der beherrschten Person verfügen können,<sup>177</sup> wobei dieser Umstand m.E. gerade durch Nachweis von Indizien wie den soeben genannten glaubhaft gemacht werden kann. Dient die Kontrolle der missbräuchlichen Vermeidung der Zwangsvollstreckung, kann schliesslich selbst das Vermögen einer operationellen Firma verarrestiert werden.<sup>178</sup>

### **3. Verfahrensaspekte**

#### **a) Arrestgegenstand und Sucharrest**

Zu beachten ist vorab, dass der Arrestgläubiger die Arrestgegenstände in jedem Fall genügend zu spezifizieren hat (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). So

---

<sup>172</sup> BGE 102 III 165 E. II/2a S. 170 f.

<sup>173</sup> BGer Urteil 5A\_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3.

<sup>174</sup> BGer Urteil 5A\_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.2 : «tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif».

<sup>175</sup> BGer Urteil 5A\_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3 : «un contrôle important, voire complet». In casu hielt der Mehrheitsaktionär 95%, der Rest lag in den Händen seines Sohnes.

<sup>176</sup> BGE 102 III 165 E. II.2.a S. 171 f. = Pra 89 (2010) Nr. 75.

<sup>177</sup> BGer Urteil 5P.1/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1.

<sup>178</sup> BGer Urteil 5A\_876/2015 vom 22. April 2016 E. 4.3.

kommt etwa bei Bankguthaben ein Gattungsarrest<sup>179</sup> (welcher Guthaben des namentlich genannten Schuldners mit Beschlagnahme belegt lässt, *ohne* einzelne Kontennummern zu nennen) bislang nur in Frage, wenn der Arrestschuldner selbst formeller Bankkunde ist.<sup>180</sup> Zielt der Arrest hingegen auf Vermögenswerte, die dem Arrestschuldner nur wirtschaftlich zustehen, muss der Name des formal berechtigten Bankkunden bezeichnet werden, damit der Arrest überhaupt durchführbar ist. Die blossen Hinweise auf die wirtschaftliche Berechtigung des Arrestschuldners und die betroffene Bankfiliale reichen nach der geltenden Rechtsprechung nicht.<sup>181</sup>

Grund hierfür ist primär der anlässlich der SchKG-Revision von 1991 ausgesprochene Wille, «unerlaubten Gattungs- und Sucharresten wirksam begegne[n]» zu können.<sup>182</sup> Vor der besagten Revision bestand durchaus die Möglichkeit, bei Banken Vermögensgegenstände, die auf einen andern Namen als jenen des Arrestschuldners lauten, mit Arrest zu belegen. Der Bundesrat befand damals in seiner Botschaft, diese Situation «führe zu missbräuchlichen Eingriffen in das Bankgeheimnis und dadurch zu einer ernsthaften Gefährdung wirtschaftlicher Interessen der Schweiz.» Hinzu kommt, dass das Geldwäschereigesetz erst im April 1998 in Kraft trat und die zu Beginn der 1990er Jahre geltende Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken VSB getreu dem Vermutungsprinzip<sup>183</sup> erst ganz punktuelle Abklärungspflichten hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung vorsah.

Noch heute muss in den Formularen A, K etc. nur die Tatsache der wirtschaftlichen Berechtigung bzw. der Kontrollinhaberschaft etc. offengelegt werden – nicht aber deren konkretes quantitatives Ausmass. Nennt ein Formular mithin mehrere wirtschaftlich berechtigte bzw. kontrollierende Dritte, erscheint der Ausschluss eines Gattungs- und Sucharrestes weiterhin als von vornherein gerechtfertigt. Denn schon diese Mehrzahl macht es ohne weitere Hinweise unwahrscheinlich, dass der Arrestschuldner in der oben beschriebenen Weise prinzipiell jederzeit und unbeschränkt über Vermö-

---

<sup>179</sup> Vgl. zur Ratio des Gattungsarrests jüngst BGE 142 III 291 E. 5 S. 294 f. m.w.H.: «au vu des difficultés pouvant résulter de l'obligation pour le créancier de désigner avec précision les biens à séquestrer lorsque le séquestre doit s'appliquer à un ensemble de biens ou aux avoirs bancaires du débiteur poursuivi».

<sup>180</sup> Vgl. BGE Urteil vom 17. Februar 1999, in: BLSchK 2000 S. 142. Vgl. jüngst BGE 142 III 291 E. 5 S. 294 f.

<sup>181</sup> BGE 130 III 579 E. 2.2.1 S. 581 m.w.H.

<sup>182</sup> Zit. Bundesrat, Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1, 166.

<sup>183</sup> Vgl. oben Kap. I.

genswerte verfügen kann und die formell-rechtliche Trennung damit eine rein vorgeschobene ist.

Soweit indes nur eine einzige Drittperson in der Rolle des wirtschaftlich Berechtigten bzw. des Kontrollinhabers festgestellt ist, erscheint es inzwischen eher fraglich, weshalb das Geheimhaltungsinteresse des Dritten dem Schutz gefährdeter Gläubigerrechte noch zwingend vorgehen sollte. Zwar sind durchaus Situationen denkbar, in denen ein Vermögensgegenstand aus legitimen Gründen formal-rechtlich einem Dritten, wirtschaftlich aber dem Arrestschuldner zusteht, so namentlich bei einer Sicherungstreuhand (*fiducia cum creditore contracta*). Allerdings sind im Hinblick auf die Pfändung Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat, nach Art. 91 Abs. 4 SchKG bei Straffolge (Art. 324 Ziff. 5 StGB) im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner gemäss Art. 91 Abs. 1 SchKG. Diese Pflicht gilt gemäss Art. 275 SchKG ebenso im Arrest, der die spätere Vollstreckung gerade absichern soll. Die entsprechende Auskunftspflicht ist damit jener der Erben (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB) und der Ehegatten (Art. 170 ZGB)<sup>184</sup> nicht nur vergleichbar, sondern zeugt angesichts der Strafandrohung sogar noch von einem verstärkten Durchsetzungswillen des Gesetzgebers. Gehen aber schon das nicht strafbewehrte Auskunftsrecht von Ehegatten sowie von Erben dem Bankgeheimnis vor, kann für die Auskunftspflicht Dritter i.S.v. Art. 91 Abs. 4 SchKG kaum noch etwas anderes gelten.

Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, den Arrest gattungsmässig auf Konti zu erstrecken, deren formal-rechtlicher Inhaber zwar mit dem Arrestschuldner nicht identisch ist, an denen der Arrestschuldner aber die alleinige wirtschaftliche Berechtigung hält bzw. Kontrolle ausübt. Denn diese materielle Einheit impliziert die naheliegende Vermutung, dass ein so betroffener Dritter im Sinne von Art. 91 Abs. 4 SchKG entweder Vermögensgegenstände des Arrestschuldners verwahrt oder dass letzterer beim Dritten zumindest Guthaben hat, die der Zwangsvollstreckung unterliegen. Es obliegt folglich dem Dritten, diese natürliche Vermutung umzustossen. Überdies kann auch er – wie Ehegatten und erbrechtlich Auskunftspflichtige<sup>185</sup> – vom Gericht verlangen, dass der Umfang der Auskünfte so eingegrenzt oder durch Massnahmen sichergestellt wird, dass allenfalls schützenswerte Geheimnisse des Dritten gewahrt bleiben. Auf die damit

---

<sup>184</sup> BGE 142 III 116 E. 3.1.3 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

<sup>185</sup> Dazu jüngst BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H.

verbundenen Mitwirkungspflichten von Banken ist am Ende noch zurückzukommen.<sup>186</sup>

## **b) Arrest und Einspracheverfahren**

Macht der Gläubiger sodann neben seiner Forderung die Arrestgründe – und namentlich einen Durchgriffstatbestand – glaubhaft, wird der Arrest zunächst auf sein einseitiges Begehren hin bewilligt. Hiergegen kann anschliessend Arresteinsprache gemäss Art. 278 SchKG erheben, wer vom Arrest in seinen Rechten betroffen ist – also neben dem Arrestschuldner auch Drittansprecher, Drittverwahrer und (nach allerdings streitiger Ansicht) Drittschuldner.<sup>187</sup> So erhalten die Genannten nachträglich rechtliches Gehör; das Arrestbewilligungsverfahren wird mithin kontradiktorisch vor dem erkennenden Gericht fortgesetzt.<sup>188</sup>

Dem formell berechtigten Dritten steht es frei, seine Einsprachegründe, d.h. die arrestaufhebenden oder arresthindernden Gründe bereits im Einspracheverfahren glaubhaft zu machen.<sup>189</sup> Als nicht plausibel gilt freilich für gewöhnlich im Geschäftsverkehr unter Gesellschaften die Behauptung, der formell berechnigte Dritte habe die zu verarrestierenden Vermögenswerte schenkungshalber vom Arrestschuldner übertragen erhalten.<sup>190</sup> Denn gerade in geschäftlichen Angelegenheiten liegt eine Schenkungsabsicht im Prinzip nie vor.<sup>191</sup>

## **c) Widerspruchsverfahren**

Wird die Arresteinsprache des Dritten abgewiesen, kann er dennoch innert angemessener Frist noch das Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 ff. SchKG anstrengen. Denn eine abgeurteilte Sache liegt nicht vor, ist doch das Einspracheverfahren summarischer Natur, mithin kein strikter Beweis zu

---

<sup>186</sup> Vgl. Kap. VI.3.d.

<sup>187</sup> HUNGERBÜHLER, ZZZ 2005, 206 f. m.w.H. Falls sich der Arrestgläubiger gegen eine (zu hohe) Kautionspflicht wehren will, steht auch ihm die Klage nach Art. 278 SchKG offen: MEIER-DIETERLE, AJP 2002, Ziff. 14, 27.

<sup>188</sup> HUNGERBÜHLER, ZZZ 2005, 206.

<sup>189</sup> BGer Urteil 5P.1/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1; 5A\_306/2010 vom 9. August 2010 E. 7.3; OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2.

<sup>190</sup> OGer ZH Urteil PS160101 vom 20. Oktober 2016 E. 2.2; OGer ZH Urteil PS160103 vom 20. Oktober 2016 E. 2.6.

<sup>191</sup> BGer Urteil 4C.89/2004 vom 9. März 2005 E. 5.1 m.w.H., nicht publiziert in BGE 131 III 222.

führen und zudem sind neben Urkunden weitere Beweismittel nur sehr restriktiv zugelassen (Art. 251 Bst. a und 254 ZPO).<sup>192</sup>

Demgegenüber wird das Widerspruchsverfahren je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren und mit unbeschränkten Beweismitteln geführt (Art. 219 und 243 ZPO). Zu erwähnen bleibt, dass in Fällen, in denen der Arrestschuldner behauptet, Eigentümer oder Gläubiger der Sachen und Forderungen sei ein Dritter, oder wenn der Dritte selber diese Rechte beansprucht, für das Betreibungsamt sowieso Anlass besteht, unverzüglich ein Widerspruchsverfahren einzuleiten (Art. 275 i.V.m. 106 ff. SchKG).<sup>193</sup> Es wird damit freilich zuwarten, wenn die Rechtszuständigkeit schon im Rahmen der Arresteinsprache verhandelt wird.

#### **d) Mitwirkungspflicht Dritter**

Relativ häufig ist eine Bank in Schuldbetreibungsverfahren und insbesondere im Arrest als sogenannte Drittschuldner involviert (Art. 91 Abs. 4 und Art. 275 SchKG). In dieser Funktion treffen sie Mitwirkungspflichten, namentlich eine Pflicht zur Auskunft, zur Herausgabe von Unterlagen und zur Sperrung vollstreckungsbetroffener Vermögenswerte. Dabei ist es ihr heute regelmässig versagt, hiergegen das Bankgeheimnis anzurufen – und zwar selbst in Fällen, in denen ein Konto oder Depot wirtschaftlich nicht seinem formellen Inhaber zusteht.<sup>194</sup>

Denn Art. 47 Abs. 5 BankG behält eidgenössische und kantonale Normen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber Behörden ausdrücklich vor.<sup>195</sup> Zu diesen Normen zählt namentlich Art. 166 Abs. 2 ZPO. Er entbindet zwar von der Mitwirkung grundsätzlich auch Träger gesetzlich geschützter Geheimnisse – zu denen Bankiers gehören.<sup>196</sup> Allerdings nur, falls sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Ansonsten haben sie die ersuchten Auskünfte zu

---

<sup>192</sup> Vgl. auch (noch vor der heutigen ZPO) MEIER-DIETERLE, AJP 2002, Ziff. 29.

<sup>193</sup> BGE 96 III 107 E. 2 S. 109. Das Betreibungsamt kann mittels Beschwerde wegen Rechtsverweigerung dazu gezwungen werden; HUNGERBÜHLER, ZZZ 2005, 213.

<sup>194</sup> Vgl. jüngst BGE 142 III 116 E. 3.1.3 S. 122 m.w.H. = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff.; 129 III 239 E. 1 und 3.2 S. 140 f. = Pra 93 (2004) Nr. 41; 125 III 391 E. 2.d.bb S. 396 = Pra 89 (2000) Nr. 87; BGer Urteil 5A\_25/2014 vom 28. November 2014 E. 4.2.2.

<sup>195</sup> BGer Urteil 5A\_171/2009 15. Oktober 2009 E. 1.6 = Pra 2010 Nr. 75.

<sup>196</sup> Bundesrat, Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 6929, Ziff. 5.10.2.

erteilen und die verlangten Urkunden herausgeben<sup>197</sup> und zwar selbst für den Zeitraum vor der Arrestlegung bzw. ab Kontoeröffnung.<sup>198</sup>

Nun ist aber die Bank nur *Trägerin*, nicht Herrin des Bankgeheimnisses. Anspruch auf Geheimhaltung hat vielmehr alleine der Bankkunde, gestützt auf das Mandatsverhältnis zu seiner Bank und gemäss seinem Recht auf Schutz der Privatsphäre. Dieser Schutz wird durch Art. 47 BankG strafrechtlich verstärkt, freilich ohne der Bank selbst einen Anspruch auf Geheimhaltung zu verleihen. Ihr Geheimhaltungsinteresse kann damit von vornherein nicht grösser sein als dasjenige des Geheimnisherrn.<sup>199</sup>

Der Geheimnisherr (handle es sich um den Arrestschuldner oder einen Dritten i.S.v. Art. 94 Abs. 4 SchKG) ist aber zur Auskunft im Pfändungs- und Arrestverfahren verbunden<sup>200</sup> und kann auch im Widerspruchsverfahren nur die Verweigerungsgründe gemäss Art. 163 ZPO anführen. Der dortige Abs. 2 entbindet ihn nur von der Aussage, soweit er selbst Träger und nicht Herr eines Geheimnisses ist; in letzterem Fall wäre ein (partieller) Schutz nur über Art. 156 ZPO zu erreichen.<sup>201</sup> Nach dem Gesagten bleibt dem Bankkunden der Verweis auf das Bankgeheimnis versagt, sofern diese Bankbeziehung im Verfahren beweiserheblich ist. Konsequenterweise kann er auch seine Bank nicht auf Schadenersatz einklagen, wenn sie die erforderlichen Auskünfte erteilt und Unterlagen bereitstellt – dies ganz besonders in Fällen, in denen der Bankkunde selbst erst durch seine Arresteinsprache oder Widerspruchsklage den Gläubiger zu einem Editionsbegehren veranlasst (um den erforderlichen Gegenbeweis erbringen zu können)<sup>202</sup> und seine eigene Mitwirkung schuldig bleibt.

Schliesslich erscheint eine Mitwirkungspflicht der Bank auch in organisatorischer Hinsicht nicht unzumutbar. Gestützt auf Art. 7 GwG ist sie gehalten, über die getätigten Transaktionen und über die nach diesem Gesetz erforderlichen Abklärungen (namentlich also auch über die wirtschaftliche Berechtigung bzw. Kontrollinhaberschaft) Belege so erstellen,

---

<sup>197</sup> BGE 142 III 116 E. 3.1.1 und 3.1.2 S. 122 = Pra 105 (2016) Nr. 82, S. 760 ff. m.w.H. Vgl. zur prozessualen Editionsspflicht einer Bank als Dritten schon HOHL, Procédure civile, Rz. 1014 ff.

<sup>198</sup> BGer Urteil 5A\_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.4 = Pra 99 (2010) Nr. 75; so etwa die Know Your Customer-Aufzeichnungen, welche die Herkunft der Vermögenswerte betreffen (E. 3.5).

<sup>199</sup> BGer Urteil 5A\_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 2.

<sup>200</sup> Vgl. dazu oben Kap. VI.3.a.

<sup>201</sup> HOPF, ST 2012, 675 und Fn. 22 m.w.H.

<sup>202</sup> BGer Urteil 5A\_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.2 = Pra 99 (2010) Nr. 75.



dass fachkundige Dritte sich ein zuverlässiges Urteil über die Transaktionen und Geschäftsbeziehungen bilden können. Sie hat die Belege überdies so aufzubewahren, dass sie allfälligen Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren der Strafverfolgungsbehörden innert angemessener Frist nachkommen kann, was impliziert, dass Begehren anderer Behörden dank der vorbereiteten Organisationsstruktur in administrativer Hinsicht gleichermassen bedient werden können. Die Aufbewahrungsdauer liegt bei zehn Jahren ab Beendigung der Geschäftsbeziehung oder nach Abschluss der Transaktion (Art. 7 Abs. 3 GwG), so dass jedenfalls für diese Zeitspanne die Möglichkeit zur Mitwirkung unterstellt werden darf.

## VII. Fazit

Die wirtschaftliche Berechtigung dient schon länger als kardinaler Anknüpfungstatbestand im Kampf der Behörden gegen Fiskaldelikte, Geldwäsche und weitere Übel unserer Zeit. Ursprünglich aber spiegelt diese Rechtsfigur das Bestreben ziviler Rechtssubjekte, kraft ihrer Privatautonomie eine als unzulänglich empfundene Rechtsordnung zu überwinden bzw. die gesetzlich gegebenen Vermögensverhältnisse auf rechtsgeschäftlichem Wege bedürfnisgerechter umzugestalten. Dennoch ist der zivilrechtliche Umgang mit der wirtschaftlichen Berechtigung bis heute ein relativ kasuistischer geblieben und teils noch immer von Widersprüchen geprägt.

Das hängt mutmasslich damit zusammen, dass der missbräuchliche Einsatz der wirtschaftlichen Berechtigung zwar in der Zwangsvollstreckung längst als solcher benannt und über den (umgekehrten) Durchgriff auch sanktioniert wird.

Wenn aber eine wirtschaftlich berechtigte Person oder die von ihr beherrschte Gesellschaft im Rahmen einer Interessenkollision selbst Schaden erleidet und ihr Recht vor den Gerichten sucht, war es für die Justiz bislang aus mehreren Gründen kaum gangbar, einen allfälligen Missbrauch der wirtschaftlichen Berechtigung zu erstellen und Ansprüche deswegen abzuweisen. Stattdessen wurde mit kompensatorischer Strenge die Interessenkollision als inhärentes Risiko der wirtschaftlichen Berechtigung bewertet oder ihre Erkennbarkeit zuweilen über das erträgliche Mass hinaus verneint, so dass sich eine einheitliche Dogmatik zu den zivilen Rechtsfolgen wirtschaftlicher Berechtigung nicht heranbilden konnte. Das dürfte mit dem Übergang zum geldwäschereirechtlichen Abklärungsprinzip, der fortschreitenden Transparenz und Automatisierung der Informationsflüsse nun

ändern: Missbräuchlich eingesetzte wirtschaftliche Berechtigung wird künftig vermehrt als solche entlarvt und unterbunden werden, während redliche Akteure bei qualifizierten Interessenkonflikten vermehrt zu ihrem Recht kommen sollten.

Eine nachvollziehbare und verlässliche, mithin rechtssichere Behandlung genießen demgegenüber schon heute namentlich Erben und Ehegatten in Fällen, in denen eine wirtschaftliche Berechtigung gegen Normen verstösst, die zu ihrem individuellen Vermögensschutz aufgestellt wurden. Bislang hat das vor allem zur Folge, dass sie Informationsrechte über die Grenze zwischen formeller und wirtschaftlicher Berechtigung hinweg einfordern können. Künftig treten allenfalls auch Haftpflichtansprüche hinzu – namentlich gegenüber Dritten, welche die Verletzung erbrechtlicher Vermögenspositionen durch die Trennung von wirtschaftlicher und formeller Berechtigung als Gehilfen oder Anstifter initiiert oder gefördert haben.

## Literatur

- ARTER OLIVER, Trusts und Bankbeziehungen - Wer ist "Wirtschaftlich Berechtigter"?, in: AJP 2012, 506 ff.
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Effizientere Geldwäschereibekämpfung der Schweizer Banken und Effektenhändler mit der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB 08)?, in: recht 2008, 75 ff.
- BENECKE MARTINA, Gesetzesumgehung im Zivilrecht: Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht, Tübingen 2004.
- BREHM ROLAND, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Berner Kommentar, 4. Aufl., Bern 2013.
- BRUNNER ALEXANDER, Aspekte des internationalen Konzernrechts – Eine Fallstudie International combines and conflict of laws – a case study, in: Basedow Jürgen/Meier Isaak/Schnyder Anton K./Einhorn Talia, Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, 113 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung, unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1988.
- BUCHSER MICHAEL/MÜLLER MICHAEL, Die Haftung einer Muttergesellschaft und ihrer Organe für Geschehnisse im Hause der Konzerntochter – ein Zusammenspiel diverser Anspruchsgrundlagen, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, 49 ff.
- COSTANTINI RENATO, Überschreiten der Vertretungsmacht: Haftung der Bank, in: ius.focus 2010/5, Entscheid 122.
- DETTWILER EMANUEL/HESS MARKUS, Art. 697j, in: Heinrich Honsell u.a (Hrsg.); Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Aufl., Basel 2016.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, in: successio 2011, 183 ff.
- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA/FRITSCHI MIRJAM, Sind Bankverträge über un versteuerte Vermögenswerte gültig?, in: Jusletter 31. August 2015.
- GEIGER CLAUDIA, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), Studie zu einem zentralen Begriff des Finanzmarktrechts und der Geldwäschereibekämpfung, Bern 2006.
- GERICKE DIETER/KUHN DANIEL, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: AJP 2015, 861 ff.
- HEIM KATHRIN, VSB 2016, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Aufl., Zürich 2016.

- HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, Band I, Bern 2001.
- HOPF MICHEL, Aktienrechtliches Einsichtsrecht und prozessuale mitwirkungspflichten – Mitwirkungsverweigerungsrecht und Berufs- und Geschäftsgeheimnisse, in: *Der Schweizer Treuhänder*, 9/2012, 675 ff.
- HUNGERBÜHLER IVO W., Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest unter besonderer Berücksichtigung des Steuerarrestes und des Arrestes nach Art. 39 Abs. 1 LugÜ, in: *ZZZ* 2005, 199 ff.
- JAKOB DOMINIQUE/DARDEL DANIELA, Der Schutz des virtuellen Erben, in: *AJP* 2014, 462 ff.
- KILGUS SABINE/LOSINGER PAOLO, Das neue Geldwäschereigesetz – Erste Erfahrungen in: *TREX* 2016, 280 ff.
- KÜNZLE HANS RAINER, Auskunftspflichten gegenüber Erben, in: *successio* 2012, 256 ff.
- LEUTWILER FRITZ, Vorwort zu Paolo Bernasconi, *Finanzunterwelt – Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*, Zürich 1988, 7 ff.
- MEIER-DIETERLE FELIX C., Formelles Arrestrecht - eine Checkliste, *AJP* 2002, 1224.
- MÜLLER ALBERT, Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR, Diss., Zürich 1975.
- SCHOTT ANSGAR, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Zürich 2002.
- VISCHER MARKUS/GALLI DARIO, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, in: *SJZ* 112/2016, 481 ff.
- WHERLOCK ALEXANDER/VON DER CRONE HANS CASPAR, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im VR, in: *SZW* 2015/5, 542 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, *Iura novit curia vs. ne ultra petita* – Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte* Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 127 ff.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Finanzmarktprivatrecht – Rechtsprechungschronik 2009/2010 (Teil 1), in: *recht* 2011, 82 ff.
- Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenaux Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts* – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel 2017, 729 ff.
- ZOBL DIETER, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, *ZBJV* 125/1989, 289 ff.

## Materialien

- BUNDESRAT, Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, *BBl* 1991 III 1.
- BUNDESRAT, Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung, *BBl* 2006 6929.
- EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION EBK, Jahresbericht, Bern 1977.